

**Gutachterliche Stellungnahme zu dem
„Gesetz zur Neuordnung des Glücksspiels
(Glücksspielgesetz)“ der CDU und FDP
Landtagsfraktionen des Landes Schleswig-
Holstein**

Drucksache 17/1100 vom 03.12.2010

von

Rechtsanwalt Dr. Manfred Hecker

Köln

Köln, den 31 März 2011

Dr. Gert Cornelius ^{bis 1999}
Prof. Dr. Kurt Bartenbach ^{1 4}
Manfred Haesemann ²
Werner M. Mues ¹
Dr. Manfred Hecker ⁵
Dr. Joachim Strieder
Ernst Eisenbeis ¹
Dieter Maier-Peveling
Dr. Stefan Hertwig ^{2 3}
Dieter Korten M.A.
Arnd Holzappel ³
Stefan Rappen ²
Dr. Jörg Laber ¹
Paul H. Assies ⁷
Paul M. Kiss
Dr. Ingo Jung ⁴
Johannes Ristelhuber
Jens Kunzmann ⁴
Falk Newi ⁶
Volker Werxhausen ¹
Markus Vogelheim ³
Andrea Heuser ⁸
Doris Deucker
Stefan Koch ²
André Ueckert ¹
Nadja Siebertz ⁴
Franziska Anneken
Dr. Martin Quodbach, LL.M. ⁴
Dr. Markus Rüttig ⁴
Dr. Eike N. Najork, LL.M.
Dr. Soenke Fock, LL.M. ⁴
Dr. Tassilo Schiffer ²
Dr. Markus J. Goetzmann, LL.M.
Christian Schmitt
Christine Püschmann
Nils Mrazek
Torsten Bork ³
Dr. Anja Bartenbach-Fock, LL.M. ⁴
Dr. Sascha Vander, LL.M.
Dr. Marcus Geschwandtner
Dr. Marcus Steinberg
Christopher Küas
Dr. Jochen Hentschel
Regina Lamm
Dr. Falk Müller, LL.M. ¹
Tobias Gabriel
Marie Teworte-Vey
Lars Christoph
Niklas Kinting
Alexander Brierley, LL.M.
Dr. Matthias Steegmann
Dr. Cornelia Wellens
Kristin Kingerske, LL.M.
Katharina Slawinski
Dr. Jochen Kotzenberg, LL.M.

Prof. Dr. Max Dietlein ^{bis 2005}
Verwaltungs- und Verfassungsrecht
Dr. Gabriele Wurzel
Staatssekretärin a.D.
Verwaltungs- und Verfassungsrecht
Prof. Dr. Winfried Pinger
Unternehmensnachfolge und Erbrecht

1 Fachanwalt für Arbeitsrecht
2 Fachanwalt für Verwaltungsrecht
3 Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
4 Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz
5 Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht
6 Fachanwalt für Versicherungsrecht
7 Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht
8 Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

I.

Allgemeine Anmerkungen

Zu dem Regelungskonzept des alternativen Glücksspielstaatsvertragsentwurfs ist zunächst allgemein Folgendes festzustellen:

Der Vertragsentwurf der CDU und der FDP Landtagsfraktionen Schleswig-Holstein vom 03.12.2010 beruht offensichtlich auf dem bereits 2006 vorgelegten und von den Ländern verworfenen Alternativentwurf des CDU-Abgeordneten Hans-Jörn Arp. Das Regelungskonzept ist eine klare Abkehr von dem bisherigen Modell des ausschließlich auf die staatliche Veranstaltung gefährlicher Glücksspiele zugeschnittenen Systems nach dem Glücksspielstaatsvertrag. Der Gesetzesentwurf zielt vielmehr auf eine vollständige und europaweite, quantitativ und qualitativ uneingeschränkte Öffnung des Glücksspielmarktes in Deutschland einschließlich der umfassenden Freigabe des Internets für sämtliche Glücksspielarten inkl. der klassischen Kasinospiele.

Das Regelungskonzept ist aus verschiedenen Gesichtspunkten verfassungswidrig:

1. **Verfassungswidrigkeit wegen gesetzesimmanenter Inkohärenz angesichts umfassender Kommerzialisierung von Glücksspielarten mit hohem Suchtpotential (Wetten, Kasinospiele etc.) bei gleichzeitigem Staatsmonopol weniger suchtgefährlicher Glücksspiele (große Lotterien).**

Nach § 1 wird die Schaffung eines „*angemessenen Ordnungsrahmens*“ zum Zweck und damit zum verfassungsrechtlich relevanten Maßstab der Regelungen dieses Vertrages erhoben. Wenn der vorliegende Regelungskatalog indes hoch gefahrenträchtige Glücksspiele, wie die klassischen Kasinospiele (insbesondere Roulette, Black Jack etc.), oder auch Wetten aller Art sowohl terrestrisch als auch über das Internet für alle europäischen Anbieter öffnet, also eine vollständige Kommerzialisierung dieser Glücksspielarten vorsieht, ist es weder aus dem Gesichtspunkt eines „*angemessenen Ordnungsrahmens*“ noch nach den vom Bundesverfassungsgericht vorausgesetzten Anforderungen an eine zulässige Beschränkung der Berufsfreiheit i.S.d. Art. 12 GG zulässig, „große Lotterien“ i.S.d. § 6 Abs. 1 einer ausschließlich staatlichen Veranstalterbefugnis zu unterwerfen.

Wenn auch in § 6 des Entwurfes formal das Lotteriemonopol des Staates für sog. „Große Lotterien“ aufrecht erhalten werden soll, ist die Kommerzialisierung um diesen der staatlichen Monopolisierung vorbehaltenen Kernbereich herum derart umfassend und weitgehend, dass kein ernsthafter Zweifel an der Verfassungswidrigkeit eines ausschließlich auf den Staat beschränkten Restes von Lotterieveranstaltungen bestehen kann. Es ist daher abzusehen, dass im Falle des Inkrafttretens dieser Regelungen aus der Ausschließlichkeitsregelung zu Gunsten der staatlicher Anbieter keine Ansprüche hergeleitet werden können, weil die Gerichte § 6 wegen offensichtlicher Europarechtswidrigkeit unangewendet lassen, allenfalls bei fehlender Berührung des Europarechts entsprechende Verfahren aussetzen und gem. Art. 100 GG dem Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung vorlegen werden.

2. **Diskonkordanz zwischen Gesetzesziel des Spielerschutzes und Begrenzung des Spielkonsums einerseits und Zulassungsanspruch jedes in einem EU-Mitgliedstaat genehmigten Glücksspielveranstalters andererseits**

Der Spielerschutz spielt in dem kommerzialisierten Modell dieses Gesetzesentwurfs nur noch eine untergeordnete Rolle. Insbesondere das Gesetzesziel der Begrenzung des Spielkonsums auf einen „*angemessenen Umfang*“ (§ 1 Nr. 1) wird durch die gesetzliche Vermutung (zB § 19 Abs. 4 [für Online-Casinospiele]; § 22 Abs. 4 [für Wetten]) ad absurdum geführt, das Glücksspielangebot eines jeden in einem EU-Mitgliedstaat zugelassene Glücksspielveranstalters (also nicht einmal EU-Bürgers!) stehe im Einklang mit den Zielen des § 1. So wird mit dieser Genehmigungspflicht zu Gunsten europäischer Glücksspielanbieter den Behörden die Möglichkeit entzogen, Genehmigungen mit der Begründung zu verweigern, ein „*angemessener Umfang des legalen entgeltlichen Spielangebotes*“ sei auf Grund der Reichhaltigkeit des bestehenden Glücksspielangebots in Schleswig Holstein überschritten.

Damit wird der Glücksspielmarkt in Schleswig Holstein qualitativ und qualitativ grenzenlos geöffnet. Das geflügelte Wort von „Las Vegas“ in Schleswig Holstein wird wahr. Die naheliegendste Möglichkeit zur Umsetzung der in § 1 genannten Ziele, nämlich eine Begrenzung der Glücksspielanbieter und der Glücksspiele, wird nicht aufgegriffen. Somit ist das Gesetz auf eine ausschließlich an den Gegebenheiten der Marktnachfrage ausgerichteten

Ausweitung des Glücksspiels angelegt und zur Umsetzung der in § 1 Nr. 1 bis 4 genannten Ziele völlig ungeeignet. Bereits auf Grund dieser offensichtlichen Gegenläufigkeit von Gesetzesziel und Umsetzung dürfte das Gesetz wegen systematischer Inkonsistenz verfassungswidrig sein.

3. **Verstoß gegen das Willkürverbot angesichts einer Perpetuierung der Zunahme suchtgefährlicher Glücksspiele durch Internetöffnung und Angebotsmehrung entgegen den Gesetzeszielen bei gleichzeitiger Monopolisierung der Lotterien**

Aufzuwerfen ist auch die Frage, ob der auf eine umfassende Kommerzialisierung und einen weitgehenden Kontrollverzicht ausgelegte Gesetzesentwurf dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der „**Systemgerechtigkeit legislativen Handelns**“ entspricht. Dieses Gebot zielt auf eine gewisse „Prinzipientreue“ oder „Kontinuität und Konsequenz“ von Gesetzen.¹ Nicht nachvollziehbare Prinzipien durchbrechungen sind ein Indiz für willkürliches und damit verfassungswidriges Verhalten. Systemwidrige Abweichungen indizieren eine Ungleichbehandlung im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG und müssen durch gewichtige sachliche Gründe gerechtfertigt sein.²

Im Bereich der Glücksspiele ist es suchtwissenschaftlich belegt, dass Wetten und Kasinospiele, insbesondere, wenn sie über das Internet vertrieben werden, im Verhältnis zu Lotterien über ein signifikantes Gefährdungspotential verfügen, welches dasjenige der Lotterien bei weitem übersteigt.³ Glücksspiele wurden daher bislang sowohl durch den vom BVerfG beanstandeten Lotteriestaatsvertrag, als auch durch den derzeit gültigen Glücksspielstaatsvertrag insbesondere zum Schutze der Spieler nur sehr restriktiv zugelassen und einer strengen Überwachung unterworfen. Das im Verhältnis zu anderen Ländern in der Vergangenheit in Deutschland relativ geringe Spielaufkommen pro Kopf der Bevölkerung⁴ hat die Wirksamkeit

¹ S. hierzu ausführlich: *Dietlein*, Zur Zukunft der Sportwettenregulierung in Deutschland, ZFWG 2010, 159 ff, 162

² Vgl. *Dietlein*, aaO, Fn. 4, mwH

³ Vgl. *Meyer*, Glücksspiel – Zahlen und Fakten, in: Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen (Hrsg.), Jahrbuch Sucht 2010, mwH

⁴ Vgl. hierzu ausführlich : *Deloitte*, Studie zu ausgewählten Aspekten des deutschen Sportwettenmarktes, Düsseldorf, 11.10.2006, S. 30

dieser restriktiven Regelungen bestätigt. Erst durch die seit 2004 eingetretene Nichtanwendung gesetzlicher Verbotsnormen durch die Gerichte, welche von den in jüngster Zeit widerlegten verfassungs- und europarechtlichen Zweifeln getragen war, konnte es zu einem signifikanten Anstieg der Spieleinsätze pro Kopf kommen.⁵

Der vorliegende Gesetzesentwurf zielt auf eine Perpetuierung dieses faktisch unregulierten Zustandes zu Gunsten der Gewinninteressen der internationalen Glücksspielanbieter. Gleichzeitig stehen aber die Ziele nach § 1 in unüberbrückbarem Widerspruch zu diesem von Gesetzes wegen nunmehr unbeschränkbar und unkontrollierbaren Glücksspielmarkt. Damit wird nicht nur ein offensichtlicher Systembruch im Gesetz deutlich. Es offenbart sich auch eine weitgehende Abkehr von den Spielerschutzinteressen, die durchaus in den Bereich des vom Bundesverfassungsgericht als „Untermaß an Verfassungsschutz“⁶ kritisierten Rahmens reichen dürfte.

4. **Mangelnde Konkretisierung der Normen hindert Justitiabilität restriktiver Vorschriften**

Ungeachtet dieser Inkohärenz zwischen monopolisierten und gewerblichen Glücksspielarten sind die Regelungen in vielfacher Hinsicht so vage und unklar formuliert, dass jede Berufung hierauf eine potentielle gerichtliche Auseinandersetzung über die Auslegung und Reichweite der Vorschrift in sich trägt. Dies gilt insbesondere für diejenigen Normen, auf welche die wenigen verbleibenden Restriktionen gestützt werden könnten. Ordnungsbehördliche Untersagungsverfügungen oder sonstige Beschränkungen dürften daher mangels hinreichender Konkretisierung, insbesondere auch in Bezug auf die Ziele nach § 1, ohne langwierige gerichtliche Auseinandersetzung nicht durchsetzbar sein.

5. **Gewerberechtliche Prägung des Gesetzes legt Übernahme der Gesetzgebungskompetenz durch den Bund nahe**

Ferner ist das Glücksspiel nach den Regelungen in diesem Entwurf dem Gewerberecht und damit dem Recht der Wirtschaft gem. Art. 74 Abs. 1 Nr.

⁵ Vgl. hierzu ausführlich: *Hecker*, Der Glücksspielstaatsvertrag: Erfolgsmodell oder Auslaufmodell?, ZfWG 2010, 167 ff

⁶ BVerfG, BVerfGE 88,203 ff,

11 GG zuzuordnen. Somit unterscheidet es sich qualitativ nicht mehr von dem gewerblichen Spielrecht, wie es für Spielgeräte in §§ 33 c) ff. GewO bundesrechtlich geregelt ist. Es liegt deswegen nahe, dass der Bund die Gesetzgebungskompetenz auch für diesen Glücksspielbereich als Recht der Wirtschaft gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG an sich ziehen wird.⁷

Insbesondere im Fall einer nicht gleichförmigen Umsetzung dieser Vorschriften auch durch die anderen Bundesländer und damit einem Auseinanderfallen der Regelungen in den verschiedenen Bundesländern muß damit gerechnet werden, dass der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in Verbindung mit Art. 72 Abs. 2 GG Gebrauch macht. Auf diese Möglichkeit hatte bereits das Bundesverfassungsgericht⁸ in seinem Sportwettenurteil mit großer Deutlichkeit hingewiesen und betont, dass eine Kompetenz des Bundes nicht an dem ordnungsrechtlichen Aspekt der Regelungsmaterie scheitert.

II.

Anmerkungen zu einzelnen wesentlichen Regelungen

Im Einzelnen ist zu den Vorschriften des modifizierten Arp-Modells Folgendes zu sagen:

Zu § 1 – Ziele des Staatsvertrages

Die in § 1 formulierten Ziele des Staatsvertrages stehen im Widerspruch zu den Folgeregelungen. Sie werden durch diese nicht systematisch umgesetzt und teilweise sogar konterkariert. Der Spielerschutz, insbesondere angesichts der umfassenden Öffnung für Internetglücksspiele, findet keine korrespondierende Regelung im Gesetz.

1. **Zu § 1 Nr. 1:**

In § 1 Satz 1 wird das Gesetzesziel auf die Gesamtkonzeption eines „*dem jeweiligen Glücksspiel angemessenen Ordnungsrahmen für das Angebot (Veranstaltung, Vertrieb und Vermittlung) von öffentlichen Glücksspielen*“ abgestellt. Es fehlt aber jede Konkretisierung, was unter einem „*dem jewei-*

⁷ Hierzu ausführlich: *Dietlein*, „Zur Zukunft der Sportwettenregulierung in Deutschland – Abschied von der „Gesamtkohärenz“: Ein Freibrief für beliebige Teilliberalisierungen?, ZfWG 2010, S. 159 ff, 166.

⁸ BVerfG vom 28.03.2006, ZfWG 2006, 16 ff, 30, Rn. 155

ligen Glücksspiel angemessenen Ordnungsrahmen“ zu verstehen ist. Grenzen und Bemessungskriterien für den „*angemessenen Rahmen*“ sind völlig unreguliert und angesichts der fehlenden sonstigen Vorgaben für eine Beschränkung auch nicht definierbar. Vielmehr ist die vom Entwurf intendierte Öffnung des deutschen Marktes ersichtlich darauf angelegt, einen möglichst hohen entgeltlichen Spielkonsum zu erzielen. Somit taugt § 1 Abs. 1 zu einer gerichtlich überprüfbaren oder gar durchsetzbaren Beschränkung des Glücksspielangebotes nicht im Geringsten.

Das Ziel des Staatsvertrages, „*entgeltlichen **Spielkonsum** nur in einem angemessenen Umfang zuzulassen*“, steht ferner in offensichtlichem Widerspruch zu den nachfolgenden Regelungsinhalten und ist daher nicht nur unbeachtlich, sondern als Rechtfertigung für eine Beschränkung von Glücksspielanbietern völlig ungeeignet. Nach dem Regelungsmodell sind Online-Kasino-Spiele und auch Sportwetten faktisch ohne Begrenzung der Anbieter bzw. Vermittler oder Vertreiber und insbesondere auch über das besonders suchtgefährliche Internet zuzulassen.

2. **Zu § 1 Nr. 2:**

Die Sicherstellung des **ordnungsgemäßen Spielablaufs** und die Bekämpfung von **Folge- und Begleitkriminalität** sind Ziele, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht ausreichen, um das Lotteriemonopol gem. § 6 in Übereinstimmung mit der Berufswahlfreiheit im Sinne des Art. 12 GG zu rechtfertigen. Darauf hat das BVerfG in der Sportwettenentscheidung⁹ deutlich hingewiesen.

3. **Zu § 1 Nr. 3:**

Auch der in § 1 Abs. 2 angesprochene **Spielerschutz** findet in dem kommerzialisierten Gesetzesentwurf faktisch nicht mehr statt. Insbesondere ein Sperrsystem für gefährdete Spieler ist nur für den Bereich der Präsenz- und Online-Spielbanken, nicht aber für das mindestens ebenso gefährliche Internetglücksspiel vorgesehen. Die Einrichtung eines Sperrsystems ist nicht einmal unter dem Titel „Spielerschutz“ (§§ 25 ff) erwähnt.

⁹ BVerfG vom 28.03.2006, ZfWG 2006, 16 ff, 27, Rn. 118: Es ist „nicht von vornherein ausgeschlossen, 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“.

4. **Zu § 1 Nr. 4**

Das **Gesetzesziel der Vorbeugung** vor „*Suchtgefahren bei Glücksspiel und Wetten [...] und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung sowie Vorkehrungen vor Ausbeutung durch Glücksspiel*“, dürfte durch die liberalen Regelungen für Online-Kasinos, Sportwetten und sonstige Glücksspiele und das Fehlen jeglicher effizienter Regelungen zur Spielerkontrolle nicht umsetzbar sein. Es ist wissenschaftlich anerkannt¹⁰, dass Glücksspiele im Internet eine extrem hohe Suchtgefahr besitzen. Die Regelungen zu Restriktionen und zum Spielerschutz im Bereich des Internetglücksspiels reichen nicht im Geringsten aus, um einen auch nur annähernd effizienten Spielerschutz zu gewährleisten.

5. **Zu § 1 Nr. 5**

Die „**Sicherstellung öffentlicher Einnahmen**“ in Abs. 5 begründet keinerlei verfassungs- oder europarechtliche Rechtfertigung für eine Beschränkung der Grund- oder Freiheitsrechte, insbesondere keine Rechtfertigung für die Begründung eines staatlichen Monopols i.S.d. § 6 für „große Lotterien“. Es ist daher in hohem Maße wahrscheinlich, dass das Bundesverfassungsgericht die Verfassungskonformität des sog. „LOTTO – Monopols“ an der „Erforderlichkeit“ einer solchen Beschränkung der Berufswahlfreiheit des Art. 12 GG scheitern lassen wird.

Zusammenfassung:

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Sportwettenentscheidung¹¹ deutlich gemacht, dass die Beschränkungen der Berufsfreiheit im Spiegel der dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und Erfahrungen über Regelungsalternativen zu beurteilen sind, die bei gleicher Wirksamkeit einen weniger schwerwiegenden Eingriff in die Verfassungsrechte gem. Art 12 GG begründen. Die in dem vorliegenden Gesetz enthaltenen kommerzialisieren-

¹⁰ Statt aller: Meyer, Glücksspiel – Zahlen und Fakten, in: Jahrbuch Sucht 2009, Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen (Hrsg.), S. 133

¹¹ BVerfG vom 28.03.2006, ZfWG 2006, 16 ff, 27, Rn. 116: Angesichts einer weiten Einschätzungsprärogative „*können Maßnahmen, die der Gesetzgeber zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsguts wie der Abwehr der Gefahren, die mit dem Veranstellen und Vermitteln von Glücksspielen verbunden sind, für erforderlich hält, verfassungsrechtlich nur beanstandet werden, wenn nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Beschränkungen, die als Alternativen in Betracht kommen, die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen indessen weniger belasten*“

den Regelungen über Glücksspiele mit höherem Suchtpotential im Verhältnis zu den (gem. § 6) im Staatsmonopol geregelten Lotterien machen deutlich, dass nach Ansicht des Gesetzgebers die Gefahren des Glücksspiels sehr wohl auch in einem gewerblich bewirtschafteten System hinreichend geregelt werden können. Daher lässt sich die Frage nach der Rechtfertigung des Lotteriemonopols verfassungsrechtlich wohl nicht begründen und das LOTTO-Monopol nicht halten.

Ferner ist festzustellen, dass die Umsetzung sämtlicher Ziele nach § 1 Nrn. 1 – 5 in der Gesamtschau des Gesetzes weder in „erforderlicher“, noch in „verhältnismäßiger“ Weise geregelt sind. Daher wird für alle Glücksspielanbieter ein faktisch nicht abzuwehrender Rechtsanspruch auf Zulassung begründet, was im Ergebnis eine vollständige Öffnung des deutschen Marktes für sämtliche – zumindest europäischen - Glücksspielanbieter und alle denkbaren Glücksspielvarianten bedeutet.

Zu § 2 Anwendungsbereich

Eine uneinheitliche Gesetzgebung in den verschiedenen Bundesländern führt zur Europarechtswidrigkeit des deutschen Glücksspielrechts

Das Gesetz soll offensichtlich nur für das Land Schleswig Holstein gelten. Sofern in anderen Bundesländern restriktivere Vorschriften umgesetzt werden, führt dies zu einer unterschiedlichen Glücksspielpolitik in dem Mitgliedstaat Deutschland. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der EuGH eine **Inkohärenz von Regelungen**, welche die EU-Freiheitsrechte tangieren, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit, nicht mit dem Hinweis auf unterschiedliche Gesetzgebungskompetenzen akzeptiert. In der Rechtssache Carmen Media¹² stellt der EuGH ausdrücklich fest, der Mitgliedstaat könne sich *„nicht auf Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung berufen [...], um die Nichteinhaltung seiner aus dem Unionsrecht folgenden Verpflichtungen zu rechtfertigen. Die interne Zuständigkeitsverteilung innerhalb eines Mitgliedstaats, namentlich zwischen zentralen, regionalen und lokalen Behörden, kann ihn u. a. nicht davon entbinden, den genannten Verpflichtungen nachzukommen“*

¹² EuGH, Carmen Media, C-46/08, Rn. 70

Unterschiedliche Regelung in Bezug auf die Dienstleistungsfreiheit zwischen den Bundesländern führen daher nahezu zwangsläufig zu einer Europarechtswidrigkeit des Gesamtsystems.

Zu § 3 Begriffsbestimmungen

Der vorliegende Gesetzesentwurf erfasst nur einen Bruchteil der Glücksspiele. Nach der Definition des „Glücksspiels“ in § 3 Abs. 1 iVm § 3 Abs. 6 fallen nur Glücksspiele mit „nicht unerheblichen Einsätzen“ unter den Regelungsgehalt dieses Gesetzes. Daher können Glücksspiele mit einem Einsatz von bis zu ca. 20,00 € erlaubnisfrei veranstaltet und vermittelt werden. Der Anwendungsbereich dieses Gesetzes erfasst daher nur „Große Lotterien“ oder Glücksspiele mit Einsätzen, die höher liegen als die meisten derzeit im Markt befindlichen Glücksspiele.

Zu § 3 Nr. 1:

Unter Ziff. 1 wird der Begriff des **Glücksspiels** definiert. Voraussetzung für das Vorliegen eines Glücksspiels ist danach die Entrichtung eines „**Entgelts**“. In **§ 3 Nr. 6** wird der Begriff des „**Entgelts**“ definiert als „**ein nicht unerheblicher Einsatz, der sich bei Ausbleiben eines Gewinns als Verlust niederschlägt**“.

Damit greift der Normenkatalog auf den Glücksspielbegriff des § 284 StGB zurück, ohne jedoch die auch dort höchst streitige Frage zu klären, bis zu welcher Höhe von einem „*nicht unerheblichen Einsatz*“ gesprochen werden kann. In der Rechtsprechung und Literatur zu § 284 StGB werden ganz unterschiedliche Beträge zwischen 1,89 € und 20,00 € als erheblich eingestuft.¹³

Bei Anwendung dieser Definition sind also Glücksspiele, bei denen der Einsatz unterhalb der Geringfügigkeitsgrenze liegt, weder von den Restriktionen dieses Vertragsentwurfs noch von dem Verbot der unerlaubten Veranstaltung von Glücksspielen gem. § 284 StGB erfasst. Öffentliche Glücks-

¹³

Kleinschmidt, MMR 2004, 654, 656 f. – 1,89 €; *Eichmann/Sörup*, MMR 2002, 142, 144 f. – 2,50 €; *Brandl*, *Spielleidenschaft*, S. 42, Anm. 93 – 5,00 €; *Hoyer*, *Systematischer Kommentar zum Strafbuch*, § 284, Rn. 6: 20,00 €.

spiele bis zu einem Einsatz von 20,00 € könnten daher zukünftig ohne jede Regelung oder Einschränkung beliebig veranstaltet und vermittelt werden.

Somit bedeutet die Umsetzung dieses Normenkataloges einen Freibrief für sämtliche Glücksspielangebote bis zu dem vorgenannten Grenzbereich. Um eine verbindliche Höchstgrenze für die Unerheblichkeit des Einsatzes zu ermitteln wird daher zunächst eine höchstgerichtliche Entscheidung – ggf. auch unter Einschaltung des Europäischen Gerichtshofs – abzuwarten sein. Unterlassungsansprüche dürften bis dahin gerichtlich nicht durchsetzbar sein.

Zu § 3 Nr. 3

Nicht nur Sportereignisse, sondern jedes Geschehen kann zukünftig bewettet werden. Der Entwurf beinhaltet einen unzulässigen Eingriff in die Bundeskompetenzen:

In § 3 Abs. 3 erfolgt die Definition für den Begriff der „**Wette**“. Gegenstand derartiger Wetten können sämtliche „*zukünftigen oder gegenwärtigen Geschehen*“ sein. Dies bedeutet, dass nach dem Entwurf jedes denkbare aktuelle oder zukünftige Ereignis – nicht also, wie bisher lediglich Ereignisse aus dem Sportgeschehen – bewettet werden können. Es ist daher abzusehen, dass mit diesem Gesetzesentwurf zukünftig jedes wirtschaftliche, kulturelle, politische, mediale oder sonstige Ereignis Gegenstand derartiger Wetten werden wird.

Lediglich am Rande sei angemerkt, dass von dieser Definition auch die bundesrechtlich geregelten Pferdewetten erfasst wären, was einen unzulässigen Eingriff des Landesgesetzgebers in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes darstellt.

Zu § 3 Nr. 11 „Annahmestellen und Lotterieeinnehmer“:

Aus der Beschränkung dieses Begriffes auf die **Vertreiber von staatlichen Glücksspielen folgt**, dass sämtliche Regelungen in Bezug auf „Annahmestellen und Lotterieeinnehmer“ keine Gültigkeit für die terrestrischen Annahmestellen der gewerblichen Anbieter haben.

Zu § 5 Vertriebsgenehmigungen

Eine Vielzahl von Glücksspielen ist aus der Genehmigungspflicht nach diesem Gesetz ausgenommen

Gem. § 5 Abs. 1 bedarf nur der Vertrieb der dort näher bezeichneten Glücksspiele (Große Lotterien, Wetten und Online-Casinospiele) einer Genehmigung. Der Vertrieb von Klassenlotterien, (§ 7), gemeinnützigen Lotterien (§ 10), Kleinen Lotterien (§ 15) und Gewinnsparen (§ 16) ist genehmigungsfrei zulässig.

Ferner sind Bedeutung und Sinnhaftigkeit des § 5 Abs. 1 nicht nachvollziehbar, denn in den Spezialregelungen zu den betreffenden Glücksspielen ist das Genehmigungserfordernis nahezu wörtlich nochmals wiederholt (§ 8 Abs. 1 S. 1 für „Große Lotterien“, § 20 Abs. 1 für „Online-Casinospiele“, § 23 Abs. 1 für „Wetten“).

Zu § 6 Große Lotterien

- 1) **Unter das Alleinveranstaltungsrecht des Staates fallen nur die in § 6 genannten „großen Lotterien“, also im Ergebnis nur noch LOTTO, nicht mehr aber die meisten anderen Produkte der Gesellschaften des DLTB, bei denen der Höchstgewinn eine Mio. € nicht übersteigt, wie KENO, Rubbellose etc.**

Sämtliche Glücksspiele, die nicht unter den Definitionen-Katalog des § 6 Abs. 1 fallen, werden nicht mehr der ausschließlichen Veranstaltungskompetenz des Staates zugewiesen. Dies trifft auf Sportwetten, aber auch auf andere Glücksspiele wie **KENO** zu, weil KENO nur einmal täglich mit einem Höchstgewinn unterhalb der Millionengrenze veranstaltet wird und keinen planmäßigen Jackpot beinhaltet. Erfasst werden aber auch die Losbriefe und andere Produkte.

- 2) **Das in § 6 begründete LOTTO-Monopol ist voraussichtlich verfassungsrechtlich, mit großer Sicherheit jedenfalls europarechtlich nicht haltbar.**

Zur verfassungsrechtlichen Inkohärenz ¹⁴:

Wie bereits in der Einleitung und unter den Anmerkungen zu § 1 ausgeführt, dürfte der Staatsvorbehalt in § 6 Abs. 2 bezüglich großer Lotterien – und damit auch das sog. „LOTTO – Monopol“ - verfassungsrechtlich nicht haltbar sein. Die Gründe des Spielerschutzes und der Suchtprävention, die nach der insoweit eindeutigen Rechtsprechung des BVerfG¹⁵ das Ausschließlichkeitsrecht der Länder für das Glückspiel nach dem geltenden Recht rechtfertigen, tragen eine Einschränkung der Berufsfreiheit nicht mehr. Denn durch die gewerbliche Gestaltung der gefährlicheren sonstigen Glücksspiele in dem kommerziellen Vertragsentwurf hat der Staat bewiesen, dass das Ziel der Bekämpfung von Wettsucht und der Begrenzung der Wettleidenschaft bei gefährlicheren Glücksspielen auch in einem die Berufsfreiheit weniger intensiv beschränkenden Rahmen möglich ist.¹⁶ Selbst in dem von den kommerziellen Anbietern beauftragten Gutachten von Prof. Jarass¹⁷ wird festgestellt, dass es verfassungsrechtlich nicht plausibel ist, *„wenn der Gesetzgeber in einem Bereich der Glücksspiele zur Bekämpfung der Spielsucht ein tief eingreifendes Instrument wie das des Monopols wählt, bei anderen Glücksspielen sich dagegen auf ein deutlich milderes Mittel beschränkt, obwohl dort die Suchtgefahren sehr viel größer sind. In einem solchen Fall wird die Beurteilung der Notwendigkeit des Monopols zur Vermeidung der Spielsucht zwangsläufig in Frage gestellt.“* Der ebenfalls von den privaten Anbietern gutachterlich beauftragte Prof. von Mutius vertritt bereits heute die Ansicht, dass eine Kommerzialisierung der Lotterien im Falle der Freigabe von Sportwetten zwar nicht verfassungsrechtlich geboten, aber rechts- und gesellschaftspolitisch nicht zu verhindern sei.¹⁸

¹⁴ Vgl.: BVerfG, Beschluss vom 20.03.2009, I BvR 2410/08, Rn. 17

¹⁵ Sportwettenurteil des BVerfG vom 28.03.2006, ZfWG 2006, 16 ff, 27 , Rn. 118,

¹⁶ Vgl. hierzu: Sportwettenurteil des BVerfG vom 28.03.2006, Rn. 116, ZfWG 2006, 16 ff., 27 sowie Dietlein, a.a.O.

¹⁷ Verfassungs- und europarechtliche Fragen des Lotteriemonopols, April 2010, S. 26 f.

¹⁸ Von Mutius, Zu den verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben sowie der verwaltungs- und abgaberechtlichen Ausgestaltung einer rechtsnormativ begrenzten und gesteuerten Teilliberalisierung des

Die verfassungsrechtliche Entscheidung über die Erforderlichkeit eines Grundrechtseingriffs orientiert sich naturgemäß auch an den Verhaltensweisen des Gesetzgebers (also seinen „bisher gemachten Erfahrungen“ iSd Sportwettenentscheidung¹⁹) in anderen Fällen gleichgelagerter Gefahrenpotentiale. Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Gesetzgeber nämlich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln²⁰. Dieser Grundsatz gilt für ungleiche Belastungen ebenso wie für ungleiche Begünstigungen. Verboten ist danach ein dem Gleichheitsgrundsatz widersprechender Ausschluss von Begünstigungen, also die Verweigerung von Vorteilen gegenüber einem Personenkreis, welche einem anderen Personenkreis gewährt werden.²¹ Führt eine Rechtslage (Gesetz, Verordnung pp) zu einer derartigen Ungleichbehandlung vergleichbarer Gruppen, muß diese Ungleichbehandlung bezogen auf die jeweilige Vergleichsgruppe durch hinreichend sachliche Gründe gerechtfertigt sein. Diese Gründe sind aber nicht isoliert in Bezug auf die jeweilige Regelungsgruppe zu beurteilen. Sie dürfen insbesondere nicht zueinander in Widerspruch stehen, sondern müssen innerhalb eines vertretbaren gesetzgeberischen Konzepts aufeinander abgestimmt sein.²²

Kommt man zu dem Ergebnis, dass ein und derselbe Gesetzgeber (nämlich der zuständige Landesgesetzgeber) in Anwendung seiner Einschätzungsprärogative wesentlich gefährlichere Sachverhalte (hier: Wetten jeder Art und Internetglücksspiele) weniger eingriffsintensiv regelt als andere vergleichbare Sachverhalte (Große Lotterien iSd § 6), liegt es nicht fern, hierin einen Ermessensfehlgebrauch zu sehen, weil bei einem offensichtlich weniger gefährlichen Sachverhalt ein weitergehender Grundrechtseingriff vorgenommen wird.

Die Befürworter einer Kommerzialisierung der Sportwetten argumentieren schon jetzt so, indem sie eine einheitliche Regelung nicht nur für Lotterien, Sportwetten und Kasinospiele, sondern auch für Automaten Spiele und

Sportwettenmarktes, Rechtsgutachten vom 11.06.2007 erstattet im Auftrage des Deutschen Buchmacherbandes Essen e.V., S. 101.

¹⁹ BVerfG, aaO, Rn 116.

²⁰ BVerfG E 112, 268 (279); BVerfG, NJW 2006, 2757.

²¹ BVerfGE 110, 412 (431); 112, 164 (174).

²² BVerfG, NJW 2006, 2725 (2758).

Pferdewetten verlangen und sich ohne einen solch einheitlichen Rahmen aus verfassungsrechtlichen Gründen an keine Gesetze gebunden fühlen. Ebenso nahe liegt es anzunehmen, dass die restriktive Regelung der Lotterien bei einer gleichzeitigen Kommerzialisierung der Wetten und des Internetglücksspiels eben nicht mehr der Suchtprävention dient, sondern in erster Linie fiskalischen Belangen, die das BVerfG ausdrücklich als nicht gerechtfertigt bezeichnet hat.²³

Zur europarechtlichen Inkohärenz:

Jedenfalls aus europarechtlichen Gesichtspunkten ist das „LOTTO-Monopol“ gem. § 6 Abs. 2 als inkohärent zu beurteilen. Der EuGH²⁴ feststellt, dass dann eine Inkohärenz vorliegen kann, wenn Glücksspiele teilweise in einem Monopol, andere Glücksspiele, die ein höheres Suchtpotential aufweisen, von Privaten veranstaltet werden und bei diesen Glücksspielen eine Politik der Angebotsausweitung zum Zwecke der Einnahmenmaximierung verfolgt wird. Eine solche Tendenz hatte der EuGH in der o.g. bereits in Bezug auf die Automaten Spiele beanstandet.²⁵

In der Folgezeit haben sich die nationalen Gerichte dieser Ansicht zunehmend angeschlossen.²⁶

Diese **europarechtliche Inkohärenz** zu dem staatlichen Monopol für große Lotterien, also insbesondere LOTTO, wird mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf über die Automaten Spiele hinaus intensiviert durch die Öffnung zur kommerziellen Nutzung auch der Sportwetten und anderer Glücksspiele mit höherem Suchtpotential insbesondere im Internet. Es dürfte kein ernsthafter Zweifel daran bestehen, dass in einem derart gestalteten Umfeld der Glücksspielregelungen die Insel eines staatlichen LOTTO-Monopols nicht zu halten sein wird.

²³ S. hierzu auch *Dietlein*, ZfWG 2010, 159 ff

²⁴ EuGH, Urteil vom 08.09.2010, Az.: C-46/08, Rn. 68, 71

²⁵ EuGH, Urteil vom 08.09.2010, Az.: C-46/08, Rn. 67

²⁶ Vgl. jüngst: **BayVGH**, Beschluss v. 21.03.2011, Az. 10 AS 10.2499; **OVG Sachsen**, Beschluss v. 04.01.2011, Az.: 3 B 507/09; **OVG Rheinland-Pfalz**, Beschluss v. 08.12.2010, Az. 6 B 11013/10.OVG

Zu § 10 ff, Genehmigung gemeinnütziger Lotterien

Die Veranstaltung gemeinnütziger Lotterien mit einem Gewinnversprechen bis zu 5 Mio. €, bei einer Frequenz von höchstens 2 Wochenziehungen und Verzicht auf Jackpotbildung müssen erlaubt werden. Auflagen zum Spielerschutz sind nicht zu beachten. Eine Begrenzung der Höchstzahl zugelassener Lotterieveranstaltungen gibt es nicht, sodass in der Praxis täglich eine Mehrzahl von Lotterien mit einem Höchstgewinn bis zu 5 Mio € ausgelost werden könnten.

Da die Gewinnsumme und der Reinertrag mit jeweils 30% der Spieleinsätze bemessen ist (§ 12 Abs. 1), verbleibt ungeachtet der Verpflichtung zur Niedrighaltung der Kosten ein möglicher „Eigenertrag“ der Veranstalter und ihrer Beauftragten von 40%. Selbst bei Unterstellung nur einer Gewinnklasse mit 5 Mio. € verbliebe den Veranstaltern ein „Ertrag“ von 6,6 Mio. €.

1. Ungeachtet der Gefährdung der Ziele in § 1 sind gemeinnützige Lotterien ohne Jackpot zukünftig **ohne jede mengenmäßige Einschränkung zulässig**, wenn die Bekanntgabe der Ziehungsergebnisse (also nicht die Ziehungen selbst) nicht öfter als zwei Mal wöchentlich erfolgt und der Höchstgewinn einen Wert von 5 Mio. € nicht übersteigt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass durch die Regelungen in § 11 Abs. 2 i.V.m. § 12 eine Durchführung dieser Lotterie seitens Dritter zulässig ist und hierdurch ein erhebliches als „Kostenposition“ zu tarnendes Abschöpfungsvolumen möglich wird.
2. Ungeachtet der nahezu uneingeschränkten Zulässigkeit solcher Lotterien ist dort lediglich die Verpflichtung zu einer „*gemeinnützigen Verwendung*“ geregelt. Nicht geregelt ist, welche konkreten Zwecke damit verfolgt werden müssen. Nach § 13 Abs. 1 ist der Reinertrag den in der Genehmigung festgelegten gemeinnützigen, kirchlichen oder mildtätigen Zwecken zuzuführen. Diese Zweckbeschreibung ist extrem offen und kann naturgemäß auch jegliche Zwecke – auch zu Gunsten privater Interessen und außerhalb der Bundesrepublik Deutschland - erfassen.
3. Gem. § 12 Abs. 1 sind für die Gewinnsumme und den Reinertrag jeweils 30% der „Entgelte“ (gemeint sind wohl die Spieleinsätze) anzusetzen. Legt man den nach § 10 Abs. 2 Nr. 2 max. zulässigen Höchstgewinn von 5 Mio. € zugrunde und unterstellt, es gebe nur diese eine Gewinnklasse, ergibt

sich ein max. Einspielergebnis von 16.666.700. Auf dieser Grundlage verbleibt - ungeachtet der Verpflichtung zur Niedrighaltung der Kosten gem. § 12 - ein möglicher „Eigenertrag“ der Veranstalter und ihrer Beauftragten von 40%, d.h. in diesem Beispiel 6,6 Mio. €. Weil in der Regel jedoch mehrere Gewinnklassen zur Ausspielung gelangen, ist es naheliegend, dass sich der Eigenertrag der Veranstalter unschwer um erhebliche Summen steigern dürfte.

Da die Veranstalter solcher gemeinnütziger Lotterien durchaus auch solche aus den EU-Mitgliedstaaten sein können und die Überwachungs- bzw. Eingriffsmöglichkeiten der „Prüfstelle“ äußerst schwach ausgeprägt sind, dürfte einer eher eigennützigen Veranstaltung solcher Lotterien mit diesen Regelungen „Tür und Tor“ geöffnet sein.

Zu § 17 Abs. 12 Erlaubnisregelung

Die Regelungssystematik in Bezug auf die Laufzeit der Genehmigung ist nicht nachvollziehbar

§ 17 Abs. 1 bis 11 enthält Regelungen zum Spielerschutz bei Präsenz-Spielbanken. In § 17 Abs. 12 ist eine von der üblichen Regelung abweichende Genehmigungslaufzeit von 8 Jahren vorgesehen.

Diese Einordnung ist unsystematisch, denn die Genehmigungslaufzeit hat mit den Spielerschutzvorschriften nichts zu tun. Es empfiehlt sich daher, diese Regelung zumindest in einem eigenen Abs. 1 vor die Spielerschutzregelungen zu ziehen, die dann als Abs. 2 Nr. 1 bis 11 geregelt werden können. Das würde auch der Überschrift „Anforderungen an Spielbanken“ entsprechen.

Zu § 18 Anforderungen an Online-Spielbanken

Die Regelungen über die Sperrung von Spielern und zur Bekämpfung der Glücksspielsucht ist zwar für die Präsenzspielbanken sehr deziert auch in Bezug auf die zu treffenden Maßnahmen in 11 Absätzen geregelt. Für die Online-Spielbanken findet sich allerdings nur der Hinweis in § 18 Abs. 5, dass die Regelungen für die Präsenz-Spielbanken entsprechend gelten sollen. Es gibt allerdings keinerlei Spezifikationen, welche die Besonderheiten des Internets, die damit verbundenen außerordentlichen Risiken und die Tatsache einer nahe-

zu unbeschränkter Zulassungspflicht (§ 19 Abs. 4 iVm § 20 Abs. 2) solcher in beliebigen Ländern der EU ansässigen Anbieter und die damit verbundenen Schwierigkeiten einer Kontrolle und Überwachung berücksichtigt.

Die Vorgaben zur Errichtung eines „übergreifenden Sperrsystems“ sind in wesentlichen Punkten auf den terrestrischen Betrieb zugeschnitten. So wird auf die Wahrnehmung des Personals (§ 17 Abs. 2) oder die Ausweiskontrolle (§ 17 Abs.6) abgestellt. Für die „Online Spielbanken“ und die spezifischen Anforderungen und Voraussetzungen für die Identifikation und die wirksame Sperrung entsprechender Spieler im Internetverkehr fehlt in § 18 jedoch jegliche Vorgabe. Vielmehr beschränkt sich der Gesetzentwurf insoweit auf den Hinweis, dass die Regelungen über das Sperrsystem für „Präsenz-Spielbanken“ entsprechend gelten sollen (§ 18 Abs. 5).

Die Besonderheiten des Internetglücksspiels und die damit verbundene Anonymität des Spielers, die Schwierigkeiten bei der Spieleridentifikation (z.B. Missbrauch der Zugangsdaten durch Dritte), die fehlende soziale Kontrolle über den Spieler im Zeitpunkt seiner Spielteilnahme (z.B. Überprüfung ob der Spieler auf Grund zu hohem Alkohol- oder Drogenkonsum hinreichend verantwortlich zu handeln in der Lage ist), aber auch das von der Rechtsprechung im Zusammenhang mit Internetglücksspielen immer wieder betonte Betrugsrisiko²⁷, hätten umso mehr dezidiertere Regelungen bedurft, als nach dem vorgelegten Entwurf eine faktisch uneingeschränkte Zulassung aller in den EU-Mitgliedsstaaten erlaubten Anbieter vorgesehen ist. Die Tatsache, dass mangels einer solchen Kontrollmöglichkeit von Internetanbietern (anders als bei den Präsenz-Spielbanken, die in Deutschland örtlich ansässig und daher unschwer kontrollierbar- und überwachbar sind) der EuGH ein Internetverbot ausdrücklich für zulässig erachtet²⁸ und damit im Falle einer Zulassung solcher Glücksspielangebote höchste Priorität auf differenzierte und dem Internet angepasste Spielerschutzmaßnahmen erforderlich wären, wird hier völlig ausgeblendet. Die Erfordernisse des Jugendschutzes werden mangels entsprechender Identifikationsanforderungen vollständig ausgeblendet.

²⁷ so zuletzt EuGH, iS Ladbrokes, RS. 258/08, Rn. 55 mwH

²⁸ EuGH, aaO Fn. 16

Erforderlich wären zumindest Regelungen, die eine Identifikation des Spielers (zB durch PIN und TAN – Eingabe) voraussetzen, zeitlich bezogene und absolute Einsatzgrenzen, Spielsperrzeiten, Konkretisierung der zulässigen Spiele, Vorgabe von Spielpausen, Verbot der E-Cashzahlung und Kreditverbot, Verbot des Spiels gegen kostenpflichtig zu erwerbende Geldersatzeinheiten (Punkte, Tokens) etc..

Zu § 19 Genehmigung als Veranstalter des Online-Kasinospiels

Die Regelungen in § 19 des kommerziellen Entwurfs führt dazu, dass jedermann, der in einem EU-Mitgliedstaat über eine Niederlassung verfügt, Online-Kasino-Spiele in Deutschland anbieten kann. Das Internet wird gleichsam zum rechtsfreien Raum für Glücksspiele.

Besonders bedeutsam ist in diesem Zusammenhang die Regelung in § 19 Abs. 4. Diese Bestimmung führt dazu, dass die deutschen Behörden eine Erlaubnis erteilen müssen, wenn der entsprechende Anbieter bereits in einem anderen EU-Land über eine Glücksspiel-Erlaubnis verfügt. Damit werden die vom EuGH²⁹ ausdrücklich gebilligten strikten Kriterien ignoriert und es gilt faktisch das Herkunftslandprinzip für alle Internetglücksspiele.

Die Konformitätsfiktion einer EU-ausländischen Erlaubnis in Bezug auf die Ziele des § 1 ist fehlerhaft und unsystematisch.

1. **Online-Kasinospiele dürfen** nach dem Entwurf von jedem in Europa zugelassenen Glücksspielanbieter in Deutschland **beliebig vertrieben werden**. Insbesondere wird das vom EuGH in nunmehr ständiger Rechtsprechung³⁰ festgeschriebene Territorialprinzip (keine grenzüberschreitende Erlaubniswirkung europäischer Glücksspielkonzessionen) in § 19 Abs. 4 ausdrücklich aufgehoben.
2. Bezeichnend ist auch, dass die **Versagungsgründe** einer Online-Kasino-Erlaubnis, also insbesondere die Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung sowie eine Gefährdung der Ziele des § 1 dann **nicht mehr herangezogen werden können**, wenn eine Genehmigung nach § 19 Abs.

²⁹ EuGH, Urteil vom 08.09.2010, verb. Rechtss. Az. C-316/07 u.a., Rn. 108 ff, 116 – Markus Stoß u.a.

³⁰ EuGH, aaO, Rn. 109

1 Nr. 1 vorliegt, der betreffende Veranstalter also in irgendeinem Land der Europäischen Union über eine entsprechende Glücksspielerlaubnis (und das sind auch die berüchtigten sog. „Offshore-Lizenzen“ aus Malta oder Gibraltar) verfügt.

Diese Regelung steht in eklatantem Widerspruch zu den Zielen des Gesetzes gem. § 1. Denn die Tatsache, dass ein Anbieter in einem EU-Mitgliedstaat eine Erlaubnis besitzt, hat keinerlei sachlichen Bezug zu der Frage, ob dessen Angebot einem der in § 1 genannten Ziele widerspricht. Diese Fiktion ist daher unsystematisch und fehlerhaft.

Zu § 21 Allgemeine Anforderungen an Wetten

Wetten, und damit auch Pferdewetten (das ist allerdings ein unzulässiger Eingriff in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes), dürfen nach dem Entwurf künftig von allen europäischen Unternehmen in Deutschland veranstaltet und vermittelt werden. Es mangelt an jeder suchtpräventiven Möglichkeit der inhaltlichen Beschränkung der Wetten.

Zwar wird in Abs. 1 der Prüfstelle die Möglichkeit eingeräumt, „Art und Zuschnitt der Wetten im Einzelnen zu regeln“. Eine gesetzliche Grenze wird aber nur dort gezogen, wo „das sittliche Empfinden“ verletzt wird. Damit sind den Wetten nach Inhalt und Gegenstand, aber auch Einsatzhöhe, Frequenz (Livewetten) etc. keine Grenzen gesetzt. Jede Beschränkung aus dem Gesichtspunkt des Spielerschutzes dürfte an der Unbestimmtheit der Norm scheitern. Mit anderen Worten: Wetten sind zukünftig auf alles und jedes möglich.

Bemerkenswert ist die Regelung in § 21 Abs. 3, wonach jeder, der „*an einem bewetteten Ereignis teilnimmt*“, keine Wetten auf dieses Ereignis abschließen oder durch andere fördern darf. Nach der Formulierung dieser verunglückten Norm dürfen also auch Zuschauer eines Fußballspiels nicht auf das Spiel wetten, an dem sie (als Zuschauer) „teilgenommen“ haben. Das ist natürlich nicht gemeint, stellt aber ein weiteres Zeugnis von der Oberflächlichkeit und fehlenden Strukturierung des Gesamttextes dar.

Zu § 22 Genehmigung als Wettunternehmer

Auch in Bezug auf Wettveranstalter sind die Behörden durch § 22 Abs. 4 in der Regel verpflichtet, eine Erlaubnis zu erteilen, wenn der Anbieter bereits über eine Erlaubnis in einem anderen Mitgliedsstaat der EU verfügt. Dies stellt eine Umgehung des vom EuGH bestätigten Territorialprinzips³¹ dar, mit der Folge, dass europäische Unternehmer nicht nur ungehindert auf den deutschen Markt dringen werden, sondern auch, dass diese nicht zu kontrollieren sind.

Auf Grund der gesetzlichen Verpflichtung der Behörden, eine Erlaubnis bei Vorliegen der Anforderungen zu erteilen, besteht nicht die Möglichkeit, durch eine quantitative Angebotsbeschränkung den Anforderungen des Spielerschutzes i.S.d. § 1 gerecht zu werden. Es muß jeder EU-Erlaubnisinhaber zugelassen werden, mit der Folge einer unüberschaubaren Angebotsschwemme.

Zu § 23 Vertriebsgenehmigung

Illusorisch erscheint die Regelung in § 23 Abs. 5, wonach die **stationären Standorte für Sportwettbüros beschränkt** werden können. Wenn über das Internet überall und massenhaft gespielt werden darf, so fragt sich, worin die verfassungsrechtliche Rechtfertigung für eine solche Standortbeschränkung liegen soll. Nicht einmal die Möglichkeit einer Standortbeschränkung „zur Gewährleistung der Ziele des § 1“ ist im Gesetz vorgesehen. Eine solche wäre ggf. ohnehin schwer durchsetzbar, wenn die Betreiber den Behörden vorhalten können, dass der Gesetzgeber auf eine entsprechende Beschränkung für Online-Glücksspiele „beredt“ verzichtet habe.

Der Regelung des § 23 Abs. 5 ist daher die Unverhältnismäßigkeit auf die Stirn geschrieben. Stationären Angeboten kann keine gerichtsfeste Schranke mehr gesetzt werden.

³¹ vgl. oben zu § 19

Zu § 25 Informationspflichten

Keine hinreichende Sicherung der Informationserteilung an die Spieler

Die Vorschrift konkretisiert lediglich den Inhalt der Informationspflichten, nicht aber wie diese dem Kunden zur Verfügung gestellt werden sollen. Dies ist eine diametrale Abkehr von der bisherigen Regelung, wonach die Pflicht bestand, dem Spieler bestimmte Informationen zukommen zu lassen. Nunmehr kehrt sich diese „Bringschuld“ in eine „Holschuld“ um. Das hat zur Folge, dass es auch zulässig ist, diese Informationen nur auf Anfrage des Spielers herauszugeben, wie auch Satz 2 dieser Vorschrift belegt.

Warnhinweise auf das mit dem Glücksspiel verbundene Suchtpotential oder Hinweise auf die Gewinnwahrscheinlichkeit sind überhaupt nicht mehr erforderlich.

Zu § 26 Werbung

Nicht justitiable Blankettnorm für Werberegelungen

Die Regelungen für die Werbung sind völlig offen und stehen nicht im Verhältnis zu den Gefahren der Glücksspiele. Die in § 26 Abs. 1 vorgesehenen Restriktionen gehen nicht über die ohnehin nach den Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) selbstverständlichen Regulierungsparametern hinaus.

§ 26 Abs. 1 ist mit dem Begrenzungsparameter, die Werbung müsse „angemessen“ sein, völlig schwammig formuliert. Zwar ist eine weitere Begrenzung durch die Bezugnahme auf einen „Widerspruch zu den Zielen des § 1“ vorgesehen. Durch die Offenheit der in § 1 genannten Ziele³² ist damit aber keine wirksame Begrenzung im Sinne des Spielerschutzes gewährleistet, wie sie sich zB aus § 5 GlüStV ergibt.

Zu § 27 Minderjährigenschutz, Spielerschutz und Aufklärung

Spielerschutzvorschriften stehen nicht im Verhältnis zu den Zielen des Gesetzentwurfs gem. § 1

³² S. Anmerkungen zu § 1

Die Vorschrift enthält **Marginalien zum Spielerschutz**. Die Art und Weise, wie die dort geforderten Maßnahmen umgesetzt werden sollen, bleibt völlig offen. Insofern dürften diese Anforderungen in der Praxis keinerlei Relevanz entfalten. Erforderlich wären zumindest Regelungen dahingehend, dass entsprechende Hinweise auf jedem Spielschein abgedruckt und in der Werbung deutlich wiedergegeben sein müssen.

Zu § 30 Aufgaben und Befugnisse der Glücksspielaufsicht

Es fehlen effiziente Regelungen zur Überwachung der Geldströme

In Abs. 1 Nr. 4 ist vorgesehen, dass die Glücksspielaufsicht den Kredit- und Finanzdienstleistungsinstituten die Mitwirkung am Zahlungsverkehr für unerlaubtes Glücksspiel untersagen kann. Insbesondere bei Internetglücksspielen werden vielfach Finanzdienstleister aus dem Ausland eingebunden, die eine entsprechende Untersagung nicht berücksichtigen. Es ist daher geboten, eine Regelung aufzunehmen, wonach alle Zahlungsvorgänge mit Spielern aus Deutschland über ein Konto im Inland oder über einen in einem Mitgliedstaat der EU residierenden Finanzdienstleister abgewickelt werden müssen.

Zu § 40 Abgabepflicht

Die Regelungen über die Abgabepflicht sind europarechtswidrig, denn sie führen dazu, dass ein im Ausland konzessionierter Glücksspielanbieter unzulässig diskriminiert wird. Er wird nämlich auf Grund seiner zusätzlichen Besteuerung im Sitzland schlechter gestellt, als ein Anbieter aus Deutschland, der nur die Abgaben nach § 40 entrichten muss. § 40 wäre also für alle im europäischen Ausland ansässigen Anbieter offensichtlich europarechtswidrig. Für diskriminierende Vorschriften scheidet nach Europarecht eine Rechtfertigung per se aus. Im Übrigen führt diese Form der Besteuerung zu einem Widerspruch mit dem allgemeinen Grundsatz der Sitzlandbesteuerung.

Um eine Abgabepflicht in der Bundesrepublik Deutschland zu begründen, wird der Steuertatbestand im terrestrischen Vertrieb auf den hiesigen Sitz, beim Internetvertrieb auf den Aufenthaltsort des Spielers, definiert.

1. Zunächst sei darauf hingewiesen, dass der **Veranstaltungsort für Online-Glücksspiele** in § 40 Abs. 2 S. 2 anders als in § 3 Abs. 8 Satz 3 definiert wird.

Die in § 40 Abs. 2 S. 3 gewählte Definition ist allerdings ersichtlich abwegig, denn danach unterfiele eine Wette, die ein in Deutschland wohnhafter Spieler während seines Urlaubs aus dem Hotel in Gibraltar via Internet bei der dort ansässigen Firma bwin abgeschlossen hat, ebenfalls der Abgabepflicht nach § 40 Abs. 1 in Deutschland. Dass es für eine derartige Verlegung eines reinen Auslandstatbestandes zu Zwecken der Besteuerung in den deutschen Rechtsbereich keinerlei Grundlage gibt, liegt auf der Hand.

2. Die Regelung zur Besteuerung führt ferner dazu, dass ein im Ausland konzessionierter Glücksspielanbieter durch § 40 europarechtswidrig diskriminiert wird. Er steht sich nämlich schlechter als ein Anbieter aus Deutschland, der nur die Abgaben nach § 40 und nicht auch, wie der ausländische Anbieter, Abgaben an seinem Sitzstaat entrichten muss. § 40 ist daher als diskriminierende Vorschrift offensichtlich europarechtswidrig, sofern nicht im Rahmen eines Doppelbesteuerungsabkommens mit dem betreffenden EU-Land eine entsprechende Anrechnung vereinbart ist.

Zur Frage der **Besteuerungskriterien** kann auf die verschiedenen steuerrechtlichen Gutachten verwiesen werden, insbesondere auf das Gutachten von Prof. Kirchhoff³³, der zu dem Ergebnis kommt, dass eine Anbieterbesteuerung der im europäischen Ausland ansässigen Glücksspielunternehmen europarechtlich unzulässig ist.

3. Ungeachtet der Besteuerungsqualität besteht das Problem der **Erfassung und Erhebung der Steuern** bei den im europäischen Ausland ansässigen Unternehmen. Gem. § 45 des vorliegenden Entwurfs sind die Glücksspielanbieter zwar verpflichtet, die relevanten Steuerdaten an die zuständige Behörde zu übermitteln und die entsprechenden Abgaben abzuführen. Die zuständigen Behörden haben aber keinerlei Möglichkeit der Überprüfung, ob die übermittelten Angaben zutreffend sind oder nicht.

³³ Kirchhoff, Rechtsgutachten zur Frage einer gleichheitsgerechten Besteuerung von Glücksspielen, November 2009.

Mangels Kontrollmöglichkeit der zuständigen Behörden kommt es zwangsläufig zu einer **strukturellen Ungleichbehandlung** der in Deutschland ansässigen Unternehmen mit den ausländischen Glücksspielanbietern. Hieraus folgt ein Steuerdurchsetzungsdefizit, das im Ergebnis neben der oben aufgezeigten EU-Rechtswidrigkeit auch zu einer Verfassungswidrigkeit der Besteuerungsgrundlagen nach § 40 ff. dieses Vorschlages führen dürfte.³⁴

Zu § 41 Abgabenhöhe

Die vorgesehene Abgabenhöhe führt zu einer Abwanderung der Glücksspielanbieter in die EU-Steuroasen Gibraltar, Malta oder Isle of Man.

In § 41 Abs. 1 i.V.m. § 41 Abs. 2 ist eine Abgabenlast von 20 % auf den Unternehmensrohertrag vorgesehen. Die Besteuerung in den o.g. Steuroasen beläuft sich auf 0,3 bis 0,5 % auf den Unternehmensrohertrag, gedeckelt mit einem Höchstsatz von 488.000 €.

Derart gravierende Steuerdifferenzen führen nahezu zwangsläufig, insbesondere die Internetanbieter, zur Aufrechterhaltung eines nicht konzessionierten Glücksspielangebots in Deutschland.

Zu § 43 Abgabenschuldner

Die Belegung des Glücksspielanbieters als Abgabenschuldner ist im Fall der im EU-Ausland ansässigen Glücksspielanbieter europarechtswidrig.

Sowohl im Falle einer Konzessionierung als auch im Falle des illegalen Glücksspielanbieters sind diese Steuersätze nicht durchsetzbar, wenn der Veranstalter nicht einen Unternehmenssitz oder zumindest eine Repräsentanz in Deutschland unterhält. Zur Einrichtung eines Unternehmenssitzes oder einer Repräsentanz kann er auch angesichts des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) nicht gezwungen werden. Der nach EU-Recht zu bestimmende Steuertatbestand richtet sich zwingend nach dem Sitzlandprinzip, also dem Ort, an dem die zentralen vertraglichen Leistungen erbracht werden. Das ist z.B. im Fall der Wetten die EDV-mäßige

³⁴

Vgl. hierzu Zinssteuerurteil des Bundesverfassungsgerichts, BStBl. II 1991, 654 ff.

Registrierung, die Quotenbildung etc. Jede weitere Besteuerung scheitert an der Europarechtswidrigkeit und ist somit insbesondere im Ausland nicht durchsetzbar.

Bemerkenswert ist der Hinweis, dass auch illegale Glücksspielanbieter der Steuerpflicht unterliegen sollen. Das ist nämlich ein ohnehin seit jeher feststehendes Legalitätsprinzip und bedürfte an sich keiner ausdrücklichen Erwähnung.

Zu § 46 Abgabenzweck

Die Regelung über den Abgabenzweck erscheint wegen offensichtliche Widersprüche mit den in Bezug genommenen Genehmigungsvorschriften verfassungsrechtlich inkohärent und europarechtlich im Zusammenspiel mit § 1 Nr 5 unter dem Gesichtspunkt eines nicht gerechtfertigten Eingriffs in die Dienstleistungsfreiheit (gem. Art. 56 AEUV) unzulässig.

Diese Regelung steht im Widerspruch zu der aus dem Gesetz erkennbaren Gesamtintention. Es sind in diesem Gesetz keinerlei Möglichkeiten einer quantitativen oder ernsthaft auf das Ziel der Spielsuchprävention ausgerichteten qualitativen Begrenzung der Glücksspielangebote im Sinne des § 1 vorgesehen. Dies wäre aber eine grundlegende Voraussetzung zur Erreichung der Gesetzesziele. Insoweit ist der Hinweis auf das „*Zusammenspiel mit den Vorschriften über das Genehmigungsverfahren*“ - zurückhaltend formuliert – nicht ernst zu nehmen.

Vielmehr besteht nach diesem Gesetz in der Regel für jeden in einem EU-Land ansässigen und/oder zugelassenen Glücksspielveranstalter ein Anspruch auf Erlaubnis zur Veranstaltung und zum Vertrieb seiner Glücksspiele auch in Schleswig Holstein. Die Abgabenerhebung dient also offensichtlich mit Nichten dem Zweck des § 1 Nr. 1, nämlich „*den legalen entgeltlichen Spielkonsum nur in einem angemessenen Umfang zuzulassen*“. Obwohl die Zuwendung zu den gemeinnützigen Zwecken – wie dies erforderlich wäre – im Gesetz nicht abgesichert ist, dient § 46 allenfalls dem Ziel des § 1 Nr. 5, nämlich „*sicherzustellen, dass ein erheblicher Teil der Einnahmen öffentlicher Glücksspiele*“ zur Förderung gemeinnütziger Zwecke vereinnahmt wird. Das ist aber kein Grund zur Erhebung einer von den üblichen Besteuerungsregelungen in der EU abweichenden und damit die Grundsätze der Dienstleistungsfreiheit beschränkenden Abgabe. Der

EuGH hat unzweideutig festgestellt, dass „die Finanzierung solcher sozialer Aktivitäten nur eine erfreuliche Nebenfolge, nicht aber der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik ist“.³⁵

Zu § 52 Nachschau

Die Regelungen über die Nachschau gem. Abs. 1 bis 4 dürften im Verhältnis zu EU-ausländischen Abgabenschuldern bedeutungslos sein.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass die Regelungen des Gesetz-Entwurfes zu einer **vollständigen Öffnung des deutschen Marktes für alle Arten europäischer Glücksspielangebote** führen werden. Zwar sieht der Entwurf Abgaben in Höhe von 20 % des Rohertrages vor. Den Behörden stehen jedoch keinerlei Möglichkeiten einer Durchsetzung dieser Ansprüche oder einer Kontrolle der Angaben ausländischer Glücksspielanbieter zur Seite. Ein Widerruf erteilter Erlaubnisse wegen Verstoßes gegen die Abgabepflicht mag möglich sein, führt jedoch angesichts der weitreichenden Inkohärenzen dieses Gesetzentwurfs zu einer Verschiebung der Glücksspielangebote in die europarechtlich nicht zu beanstandende Erlaubnisfreiheit. Vor dem Hintergrund der von den kommerziellen Anbietern vertretenen Unmöglichkeit einer Durchsetzung von Verboten im Internet werden faktisch nicht erlaubte Angebote legalisiert.



(Dr. Manfred Hecker)

Rechtsanwalt