

HENGELERMUELLER

Hengeler Mueller • Postfach 10 28 21 • 40019 Düsseldorf

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Innen- und Rechtsausschuss
Herrn Thomas Rother, MdL
- Vorsitzender -
Düsterbrooker Weg 70
24105 Kiel

Per E-mail:
Innenausschuss@landtag.ltsh.de

Dr. Dirk Uwer
Partner

Direktwahl
Direct Number
+49 211 8304-132

E-Mail des Absenders
Sender's E-mail
dirk.uwer@hengeler.com

Benrather Straße 18 - 20
40213 Düsseldorf
Telefon +49 211 8304-0
Telefax +49 211 8304-170
www.hengeler.com

Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 17/2210

Düsseldorf, 1. April 2011
61540965v1

**Neuordnung des Glücksspiels
Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU und FDP (Drs. 17/1100) mit Änderungsantrag
(Umdruck 17/1804)**
Ihr Schreiben vom 4. März 2011

Sehr geehrter Herr Rother.
Sehr geehrte Damen und Herren,

ich danke Ihnen für die Gelegenheit, zum Gesetzgebungsvorhaben einer Neuordnung des Glücksspiels in Schleswig-Holstein Stellung nehmen zu dürfen.

Anbei übermittle ich Ihnen meine Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Dirk Uwer

HENGELER MUELLER

Neuordnung des Glücksspiels (Glücksspielgesetz) Gesetzentwurf der Fraktionen von CDU und FDP (Drs. 17/1100) mit Änderungsantrag (Umdruck 17/1804)

Stellungnahme für den Innen- und Rechtsausschuss des Schleswig-Holsteinischen Landtags

Von
Dr. iur. Dirk Uwer, LL.M., Mag.rer.publ.
Rechtsanwalt in Düsseldorf

I.

Der Glücksspielstaatsvertrag:

Ideologische Motivation – fiskalische Illusion – manipulierte Rezeption – destruktive Implementation

1. Ausgangspunkt des mit dem vorliegenden Gesetzentwurf für Schleswig-Holstein abzulösen beabsichtigten Glücksspielstaatsvertrags war bekanntlich die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 zu Sportwetten. Das Bundesverfassungsgericht hatte darin – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs – festgestellt, dass das seinerzeit bestehende Sportwetten-Monopol verfassungswidrig war. Zu den Eigenheiten einer wohl nur ideologisch erklärlichen Rezeptionsgeschichte dieser vielfach instrumentalisierten Entscheidung gehört die permanente Behauptung, das BVerfG habe das Glücksspielmonopol bestätigt. Das Gegenteil ist der Fall. Das spät, aber nunmehr auch von seinen lautstärksten Befürwortern eingeräumte Scheitern des GlüStV gibt Gelegenheit, unter den Inkrustationen irrationaler Monopolglaubensbekenntnisse die Kernbotschaften des Verdikts freizulegen: Die fiskalischen Interessen der Länder können den Eingriff in die Berufsfreiheit privater Unternehmer nicht rechtfertigen. Ein Sportwetten-Monopol könne nur aufrecht erhalten werden, wenn es konsequent am Ziel der Suchtbekämpfung ausgerichtet sei. Wenn und soweit bei Sportwetten ein Suchtpotenzial nachweisbar vorliegt, darf der Gesetzgeber entweder ein staatliches Monopol für Sportwetten unter konsequenter

Ausrichtung an der Suchtbekämpfung errichten, oder er muss sich für eine regulierte Marktöffnung entscheiden.

2. Der Glücksspielstaatsvertrag zielte auf die unterschiedslose Monopolisierung nicht nur der Veranstaltung, sondern auch des Vertriebs von Lotto, Klassenlotterien und Fernsehlotterien, obwohl bei diesen Formen des Glücksspiels praktisch kein Suchtpotenzial nachzuweisen ist. Die notwendigen, aber im Kern nicht erwünschten Alternativ-Erwägungen der Staatsvertragsverfasser zur regulierten Marktöffnung waren insuffizient und eines ernsthaften Gesetzgebungsvorhabens unwürdig. Sie beschränkten sich auf nicht belegte, unhaltbare Unterstellungen, wirtschaftsfeindliche Glaubensbekenntnisse und offen fiskalische Zweckmäßigkeitssichtspunkte.

Tatsächlich diene der GlüStV von vornherein der Sicherung fiskalischer Interessen der Länder, die jedoch mit der propagierten Suchtprävention (um den Preis der Pathologisierung von 25 Millionen Lottospielern) rechtlich unverträglich waren und sind. Sarkasten mögen heute mit Befriedigung konstatieren, dass diesem eigentlichen Zweck des Staatsvertrags fatale, durch die Wirklichkeit nachgerade monströs falsifizierte Fehlvorstellungen über die voraussichtliche Entwicklung der staatlichen Einnahmen aus dem Lotteriewesen zugrunde lagen. Das Bemühen um vordergründige Legitimation durch Suchtbekämpfung einerseits und die tatsächlich ausschließlich fiskalische Motivation des Entwurfs andererseits führten zu Friktionen und Inkonsistenzen, die den Staatsvertrag nicht nur als Beleg rechtsetzungstechnischer Inkompetenz seiner Verfasser ausweist, sondern ihn von vornherein mit einer schweren europa- und verfassungsrechtlichen, vor allem aber rechtsethischen Hypothek belasteten.

Einräumen zu müssen, dass der Staatsvertrag neben allen anderen auch diese suchtpreventiv maskierten fiskalischen Ziele vollständig verfehlt hat, löst bislang freilich keinerlei kathartische Wirkungen bei jenen seiner ministerialen Urheber aus, die sich erst der Manipulation des Gesetzgebungsverfahrens, dann der Umsetzung, anschließend der Evaluation und schließlich jetzt der Neukonzipierung des Glücksspielstaatsvertrags bemächtigt haben. Ein entschiedenes „Weiter so“ hat fatalerweise die Diskussion seit der ausgerechnet von den Staatsvertragsverfassern maßgeblich organisatorisch beeinflussten, an jeglicher Objektivität desinteressierten „Strukturierten Anhörung“ zum Glücksspielstaatsvertrag am 20./21. Mai 2010 in Mainz zu dominieren versucht.

3. Der Glücksspielstaatsvertrag ist zugleich Kristallisationspunkt einer in anderen Rechtsmaterien und Wirtschaftsbereichen unbekanntem, aggressiv sich artikulierenden

Ideologie, die so weit geht, Marktteilnehmern das bloße Existenzrecht abzusprechen, ja das Bestehen von Märkten schlicht zu leugnen.¹ Die konvergenten europäischen Glücksspielmärkte sind indes eine Realität. Sie verlangen nach guter Regulierung. Auch das Glücksspielrecht darf und muss kontrafaktische Erwartungshaltungen an Marktstruktur und Markverhalten formulieren und Instrumente zu ihrer Durchsetzung vorsehen dürfen. Gute Glücksspielregulierung wahrt indes die Balance zwischen der Gewährleistung der Grundrechte und Grundfreiheiten der Anbieter- und dem Schutzbedürfnis der Nachfragerseite. Ihre Instrumente dürfen in einer Europäischen Union, die sich dem Grundrecht auf gute Verwaltung (Art. 41 GrCh) verpflichtet hat, weder missbraucht noch missbrauchsanfällig ausgestaltet werden. Genau dies war und ist aber beim derzeitigen Glücksspielstaatsvertrag der Fall.

Das geltende deutsche Glücksspielrecht zeigt nach nahezu einhelliger Ansicht ein Zerrbild guter Regulierung: Es ist – teils historisch, teils kompetenziell bedingt – fragmentiert, inkonsistent und inkohärent. Dabei illustriert es eklatante Schwächen des Föderalismus, von denen bei aller politischen Euphorie über „Föderalismusreformen“ zu wenig die Rede ist. So fällten die Urteile des Europäischen Gerichtshofs vom 8. September 2010 ein für Vorabentscheidungsverfahren ungewöhnlich deutliches Verdikt. Die Länder haben den Scheinheiligkeits-Test des europäischen Rechts nicht bestanden. Dass dennoch das solchermaßen zur ephemeren Existenz degradierte System des Glücksspielstaatsvertrags in der Praxis seltsame Beharrungskräfte entfaltet, wird niemanden überraschen, der etwa die Genese des Glücksspielstaatsvertrags verfolgt hat.

4. Der GlüStV zeigt ein ordnungsrechtliches Vexierbild. Er will sich als Reaktion auf die Sportwetten-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts primär dem Suchtpräventionsgedanken verpflichtet sehen. Dieser behauptete Anspruch war und ist unredlich. Tatsächlich muss die Suchtprävention nämlich bei den praktisch nicht suchtrelevanten, im Staatsmonopol veranstalteten „großen“ Lotterien (wie „Lotto 6 aus 49“) dazu herhalten, ungeschriebene, illegitime Ziele zu verwirklichen: Bis Ende 2007 bestand in Deutschland nur ein staatliches Monopol für die Veranstaltung solcher Lotterien, während ihre Vermittlung im Wettbewerb zwischen den Vertriebsorganisationen der Landeslotteriegesellschaften und privaten gewerblichen Spielvermittlern geschah. Für diesen Wettbewerb auf den Lotteriemärkten galt (und gilt) das Kartellrecht des Bundes und der Europäischen Union und Landesrecht nur, soweit es mit diesen höherrangigen Normen in Einklang steht, wie der Beschluss des Kartellsenat des Bundesgerichtshofs

¹ Dazu und zum Folgenden *D. Uwer*, Glücksspielrecht im Umbruch, 2011, S. 18 ff.

vom 14. August 2008 zeigt. Unter dem GlüStV bedarf jede Vermittlung eines Glücksspiels in jedem Bundesland einer Erlaubnis, und diese Erlaubnis steht im Ermessen der Behörde und wird nur zur Vermittlung an die jeweils landeseigene Lotteriegesellschaft erteilt. Weder Text noch Begründung des GlüStV handeln von diesem „Regionalitätsprinzip“, das zur „tragenden Säule“ zu stilisieren sich dennoch die Erlaubnisbehörden in offener Auflehnung gegen höherrangiges Recht aufschwangen. Damit soll ordnungsrechtlich ein Zustand wiederhergestellt werden, der kartellrechtlich verboten war und ist.

Auch das Internet-Verbot des GlüStV ist historisch eine Reaktion weniger auf die Leitentscheidungen des BVerfG als auf die Geltungsansprüche des Kartellrechts auf den Glücksspielmärkten: Das Bundeskartellamt hatte die staatlichen Lotteriegesellschaften 2006 verpflichtet, ihre Gebietskartelle namentlich im Internet aufzubrechen. Mit dem Ziel, die Kartellamtsentscheidung zu unterlaufen, verfügten die Landesregierungen sodann die Schließung des Internetangebots ihrer Lotteriegesellschaften. Dies führte automatisch dazu, dass Lotto im Internet zunächst den privaten Vermittlern überlassen blieb. Um diesen fiskalisch unerwünschten Zustand zu beseitigen, wurde das Internetangebot auch von harmlosen Lotterien im Internet im GlüStV ganz verboten. Die Verfahren, in denen für gewerbliche Spielvermittler im Übergangsjahr 2008 eine Internet-Erlaubnis zu erwirken sein sollte (§ 25 Abs. 6 GlüStV), degradieren in der Rückschau die Implementation dieses schon a priori im Lichte seiner Genese rechtsethisch verwerflichen Internet-Verbots zum exekutivischen Totalversagen. Von der Forderung nach Authentifizierungs- und Identifizierungsverfahren für das Ausfüllen eines Lottoscheins im Internet, die die Rechtsordnung im Übrigen nur für den Zugang zu deutschen Internetseiten mit harter Pornographie und Gewaltdarstellungen verlangt, bis hin zum Erfordernis der „Lokalisierung“ des Spielers, das allenfalls durch den Einsatz elektronischer Fußfesseln erfüllbar war, ließ man in der Umsetzung des Staatsvertrags nichts unversucht, die Fundamente des Rechtsstaats, auf denen auch das Glücksspielrecht ruht, zu demolieren. Der rechtsstaatliche Flurschaden, den der Glücksspielstaatsvertrag angerichtet hat, ist in seiner Breite und Tiefe noch nicht vermessen und harret der juristischen wie verwaltungswissenschaftlichen Aufarbeitung.

5. Die Selbstverständlichkeit, mit der trotz dieser hinreichend öffentlich bekannten Umstände die Rechtsprechung mancher Verwaltungsgerichte zur Rezeption des GlüStV etwa über die vermeintlichen (wissenschaftlich längst widerlegten) Suchtgefahren des Internet-Lottos räsoniert, dekuviert das positive Glücksspielrecht in seiner Interdependenz mit den politischen, bislang nirgends explizierten Desideraten der Landesgesetzgeber und ihrer Verwaltungen, die auf den Glücksspielmärkten zugleich als Kon-

trolleure und Profiteure agieren. Das geltende Glücksspielrecht in Deutschland markiert so den pathologisierenden Fiskalstaat im Übergang zum pathologischen Rechtsstaat. Dieser prekäre Zustand wirft Grundfragen nach der rechtsethischen Fundamentierung eines solchen Glücksspielrechts und nach allgemeinen Rationalitätsanforderungen an die moderne Rechtsetzung auf, wenn etwa der Staat um seiner fiskalischen Interessen an einer Monopolrente willen eine Suchtgefahr erfindet oder überhöht und damit seine verfassungsrechtlich als solche unbestreitbare Schutzpflicht zur Suchtprävention missbraucht.

II.

Der neue schleswig-holsteinische Ansatz: Ein notwendiger und richtiger Neuanfang

1. Der Gesetzentwurf der Regierungsfractionen von CDU und FDP zur Neuordnung des Glücksspiels versteht sich als bewusster Bruch mit der geschilderten, fatalen Konzeption, die den Glücksspielstaatsvertrag haben erwartbar scheitern lassen. Wenn einzelne Apologeten des verfehlten Gesetzes nun ernsthaft behaupten, nicht der Glücksspielstaatsvertrag sei gescheitert, sondern dieses müsse nur noch strenger durchgesetzt werden,² beruht dies auf einem Maß an Zynismus oder – günstigerenfalls – an Wirklichkeitsverleugnung, dem der Gesetzentwurf zu Recht ein Konzept strikter Rationalität entgegensetzt. Der vorgelegte Entwurf ist deshalb auch in seiner ergänzten Fassung ausdrücklich und vorbehaltlos zu begrüßen.
2. Die Betrachtung der gegenwärtigen Diskussionen auf Staatskanzlei-Ebene führt vor dem Hintergrund des staatspolitisch prekären Drucks, mit dem die Landesregierung 2007 gegen ihre Überzeugungen zur Billigung des Glücksspielstaatsvertrags getrieben wurde, zu einem föderalen Unbehagen. Das Gesetzgebungsvorhaben sollte daher unabhängig von den laufenden Beratungen der Länder über eine Neuregelung des GlüStV weiterverfolgt und abgeschlossen werden. Nur so lässt sich eine gerichtsfeste Neuregelung des Glücksspielrechts in Schleswig-Holstein sicherstellen.
3. Der Entwurf führt zu wesentlichen Verbesserungen im Vergleich zur bisherigen, verfassungs- und unionsrechtswidrigen Rechtslage:

² Besonders exemplarisch *Hecker*, ZfWG 2010, 167 ff.

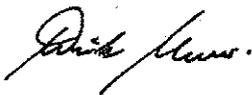
- a) Der Gesetzentwurf erlaubt dem Land Schleswig-Holstein unabhängig vom Ausgang der Verhandlungen zwischen den Ländern über einen neuen Glücksspielstaatsvertrag eine zeitgemäße, kohärente und systematische Neuregelung des Glücksspielrechts, die verfassungs- und unionsrechtlicher Überprüfung standhalten wird.
 - b) Der Gesetzentwurf verabschiedet sich von empirisch falsifizierten Fiktionen undifferenzierter Glücksspielsucht. Er wird deshalb im Unterschied zum Glücksspielstaatsvertrag und den bislang erkennbaren Vorschlägen anderer Bundesländer den europarechtlichen Scheinheiligkeitstest mühelos bestehen. Besonders das Konstrukt einer „Lottosucht“ wird konsequent vermieden. Das auch von Schleswig-Holstein als schützenswert eingestufte Lotterieveranstaltungsmonopol wird so entgegen den jüngsten Kampagnen des Deutschen Lotto- und Totoblocks in seinem Bestand gesichert. Zugleich wird der Vertrieb staatlich veranstalteter Lotterien von zahlreichen unverhältnismäßigen Beschränkungen befreit.
 - c) Auf legitime Weise ermöglicht das Gesetz, staatlich veranstaltete und privat konzessionierte Glücksspiele wieder erfolgreich vertrieben und angemessenen zu bewerben. Ohne Friktionen mit hypokritischen Behauptungen der Unerwünschtheit des Glücksspiels einerseits und der „Kanalisation“ hin zum Glücksspiel beim Fiskus andererseits können die dramatischen Umsatzrückgänge der vergangenen Jahre beendet werden. Die positiven Wirkungen für den Haushalt und die Förderung gemeinnütziger Projekte und des Breitensports werden nicht mehr durch eine selbstverschuldete rechtsethische Dubiosität ihrer Ursache gemindert.
4. Besondere Anerkennung verdient die konzeptionelle Neuausrichtung des Gesetzesvorhabens. Der Entwurf setzt an die Stelle behaupteter Suchtprävention im GlüStV einen gefahradäquaten Ordnungsrahmen, der die Effizienz des Ordnungsrechts mit dem Schutz wirtschaftlicher Betätigung in einer freiheitlichen Gesellschaft harmonisiert. Der Gesetzentwurf richtet sich wieder verstärkt am Schutz der Verbraucher vor Intransparenz und Manipulation sowie dem Jugendschutz aus. Dies ermöglicht es, die Eingriffe in die privatwirtschaftliche Betätigung auf das erforderliche Maß zurückzuführen.

Entgegen mancher Behauptungen der Anhänger des GlüStV würde gerade die Fortführung der „Suchtbegründung“ das Fundament des primär zu schützen beabsichtigten Lotterieveranstaltungsmonopols zerstören. Der GlüStV ist bekanntlich an seiner Inkohärenz gescheitert. Mit der Suchtprävention wurde ein vorrangiges Ziel propagiert, das man auf alle Glücksspiele erstrecken zu müssen glaubte. Das ist wie dargelegt gescheitert.

5. Der vorliegende Gesetzesentwurf führt zu einer verfassungs- und unionsrechtskonforme Regelung des Glücksspielrechts, er hat Vorbildfunktion auch für andere Länder. An ihm festzuhalten, ist ein Gebot politischer Klugheit. Für den Fall, dass es kurzfristig zu einer Einigung der Länder im Sinne der politischen Ziele des Landes Schleswig-Holstein kommen sollte, könnte der Gesetzentwurf um eine Regelung ergänzt werden, nach der das Glücksspielgesetz außer Kraft tritt, wenn ein von den Ländern gemeinsam beschlossener, vom Land Schleswig-Holstein mitgetragener neuer Glücksspielstaatsvertrag in Kraft tritt.

Zur Vermeidung von Wiederholungen verweise ich im Übrigen auf die bereits eingereichte Stellungnahme der Lotterie-Initiative (ARD-Fernsehlotterie, Deutscher Lottoverband; Fachverband der Lotterie-Einnehmer der NKL, Zentralverband der Lotterie-Einnehmer der SKL), die uneingeschränkte Unterstützung verdient.

Düsseldorf, 31. März 2011



Dr. Dirk Uwer