

HHUD, Juristische Fakultät, Prof. Dr. J. Dietlein ✉ 40225 Düsseldorf

Landtag Schleswig-Holstein  
Innen- und Rechtsausschuss  
Herrn Vorsitzenden T. Rother  
Landeshaus  
Düsternbrooker Weg 70  
24105 Kiel

Lehrstuhl für Öffentliches  
Recht und Verwaltungslehre  
Zentrum für Informationsrecht

**Direktor:**  
Universitätsprofessor  
Dr. iur. Johannes Dietlein  
Universitätsstraße 1  
40225 Düsseldorf

Telefon: (0211) 81-11420  
Telefax: (0211) 81-11455  
dietlein@uni-duesseldorf.de

**Schleswig-Holsteinischer Landtag  
Umdruck 17/2219**

**Stellungnahme zum Entwurf eines  
„Gesetzes zur Neuordnung des Glücksspiels (Glücksspielgesetz)“  
der Fraktionen von CDU und FDP  
im Landtag des Landes Schleswig-Holstein  
(LT-Drs. 17/1100 vom 03.12.2010)**

**A. Vorbemerkung**

1.

Der vorliegende Gesetzentwurf sieht sich grundlegenden verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. In seiner politischen Ausrichtung zugunsten einer massiven Expansion des kommerziellen Glücksspiels steht der Entwurf in einem krassen Widerspruch zu den Erfordernissen eines effektiven Spielerschutzes. Nicht zuletzt erscheint die Idee einer partikularen, allein auf das Land Schleswig-Holstein begrenzten Regulierung des Glücksspiels, zumal im Online-Bereich, unzeitgemäß und wenig sinnvoll.

2.

Der Entwurf bricht mit dem über Jahrzehnte hinweg einhellig konsentierten Prinzip einer strikt am Spielerschutz orientierten Regulierung des Glücksspiels und überlässt das Angebot selbst hoch gefahrenträchtiger Glücksspiele (Casinospiele) in bislang unbekanntem Ausmaß den Kräften des Marktes. Die vorgesehenen Schutzregelungen vor einer wirtschaftlichen Ausbeutung

des Spieltriebs in der Bevölkerung sind nach hiesiger Auffassung völlig unzureichend. Die entscheidenden Instrumente zur Bekämpfung von Spielsucht, nämlich die Dämpfung der Zahl der Anbieter sowie des Spielangebotes in der Öffentlichkeit, werden nicht genutzt. Im Gegenteil setzt der Entwurf *expressis verbis* auf eine massive Expansion des Glücksspielmarktes im Lande Schleswig-Holstein (Begründung des Entwurfs C. II.). An die Stelle der von Suchtexperten geforderten Begrenzung des Zugangs zum Internetglücksspiel setzt der Entwurf auf eine komplette Öffnung des Internet selbst für Casinospiele als eine der gefährlichsten Arten der Glücksspiele. Zugleich konterkariert der Entwurf die Bemühungen der übrigen Länder um ein abgestimmtes Vorgehen bei der Regulierung des Glücksspiels. Es ist bereits heute absehbar, dass etwaige in Schleswig-Holstein ausgegebene Lizenzen als vermeintliche Grundlage für ein Tätigwerden auch in anderen Bundesländern herangezogen werden, wie dies auch in dem Entwurf in fragwürdiger Weise suggeriert wird (s. unten E. 5). Die sich abzeichnende Rechtszersplitterung und die hieraus resultierenden (unions-) rechtlichen Risiken erscheinen bereits geeignet, einen Regulierungszugriff des Bundes auszulösen, was – anders gewendet - einen umfassenden Kompetenzverlust der Länderparlamente in diesem Segment zur Folge hätte (hierzu sub B).

## **B. Der Entwurf im Kontext der Bemühungen um eine Fortschreibung des Glücksspielstaatsvertrages**

Bereits für sich genommen stößt das geplante **Ausscheren des Landes Schleswig-Holstein** aus der bisherigen länderübergreifend koordinierten Glücksspielregulierung in Deutschland auf schwerwiegende **verfassungsrechtliche**, aber auch **europarechtliche Bedenken**.

1.

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass das geplanten Ausscheren des Landes Schleswig-Holstein aus der bisherigen koordinierten Glücksspielregulierung rechtliche **Anknüpfungspunkte für einen legislativen Zugriff des Bundes** auf die Bereiche des Sportwetten- und Lotterierechts schaffte, der zugleich deren abgabenrechtliche Seite (einschließlich der Frage der Verwendung öffentlicher Einnahmen) erfasste. Denn wird die Ausübung der insoweit – jedenfalls für Lotterien und Sportwetten - denkbaren wirtschaftsrechtlichen Kompetenz des Bundes (Art. 74 I Nr. 11 GG) derzeit dadurch blockiert, dass die nach Art. 72 II GG nachzuweisende „Erforderlichkeit“ einer bundesrechtlichen Regulierung nicht besteht, än-

derte sich diese Situation mit einer Zersplitterung der Regulierung in den einzelnen Ländern. Spätestens mit dem Eintritt einer nicht hinnehmbaren Rechtszersplitterung wird man ein Gesetzgebungsmandat des Bundes nicht mehr bestreiten können (BVerfG, NJW 2003, 41 ff.).

2.

Auch in europarechtlicher Hinsicht wäre ein Ausscheren des Landes Schleswig-Holstein aus der länderübergreifend koordinierten Glücksspielregulierung mit erheblichen Risiken verbunden. Insoweit ist namentlich auf die Positionierung von Generalanwalt *Mengozzi* zu verweisen, der in seinem Schlussantrag in der Rechtssache C-46/08 die Auffassung vertreten hat, dass **Maßstab** für die Prüfung der Kohärenz einer sektorspezifischen Regulierung stets die „**nationale Ebene**“ in ihrer Gesamtheit sein müsse ( s. ZfWG 2010, 66, 71 f., Rn. 57, 59). Konsequenz dieses gewiss streitbaren und immerhin vom EuGH bislang nicht aufgegriffenen Ansatzes wäre es, dass sich partikuläre Regulierungen ohne länderübergreifende Geltung a priori dem **Vorwurf der Inkohärenz** ausgesetzt sähen. Anstatt im Sinne der EuGH-Rechtsprechung etwaige Kohärenzdefizite in Richtung des gewerblichen Automatenspiels zu beheben, würde das Land Schleswig-Holstein somit im Falle eines landesstaatlichen Alleingangs neue Kohärenzprobleme verursachen, die auch die dortige landeseigene Regulierung – namentlich im Hinblick auf das neu gefasste Lotteriemonopol des Landes – grundlegend in Frage stellen.

### **C. Zur Konzeption des Veranstaltermonopols für Lotterien im Gesamtverbund der Glücksspielregulierung**

Auch die **inhaltliche Grundkonzeption** des Gesetzentwurfes sieht sich in zentralen Punkten grundlegenden Bedenken ausgesetzt, die Zweifel an der verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Tragfähigkeit des Entwurfes aufkommen lassen. Dies betrifft namentlich den Versuch, die Veranstaltung von **großen Lotterien** in einem **Staatsvorbehalt** zu halten, deutlich gefährlicherer Spiele wie Sportwetten und Online-Casinospiele dagegen der kommerziellen Nutzung zu öffnen.

1.

Bereits die Genese der neuartigen Monopolrechtfertigung für die Veranstaltung von großen Lotterien weist deutliche Anhaltspunkte dafür auf, dass das dort angestrebte Veranstaltermonopol ausschließlich **fiskalisch motiviert** ist und daher von den Gerichten als verfassungs- und unionsrechtswidrig eingestuft werden wird. So wurde die derzeitige Rechtferti-

gung des geplanten Monopols erst in neueren Entwürfen „nachgereicht“, nachdem sich die ursprünglich geplante Rechtfertigung eines Monopols als nicht tragfähig erwiesen hatte (vgl. hierzu das Eckpunktepapier der Landtagsfraktionen von CDU und FDP vom 9.6.2010).

Insoweit ist deutlich darauf hinzuweisen, dass der **EuGH** bewusst auch eine **Lauterkeitskontrolle der gesetzgeberischen Motive** verlangt, wenn er Glücksspielrechtliche Restriktionen dahingehend prüft, ob diese „*in erster Linie wirklich*“ den vorgegebenen Zielen zu dienen bestimmt sind

- st. Rspr. seit Rs. C-67/98 (*Zenatti*), Slg. 1999, I 7289, Rz. 63 -.

2.

Unabhängig hiervon ergibt sich ein weiteres Glaubwürdigkeitsdefizit aus dem Umstand, dass § 6 Abs. 2 zur Rechtfertigung des neuen Veranstaltermonopols für große Lotterien nicht allein auf die Kriminalitätsprävention, sondern **auf sämtliche der Ziele des § 1** und damit auch auf den Aspekt der Suchtprävention abstellt (Nr. 4), der Entwurf bei der Regelung von unstrittig gefährlicheren Spielen wie Sportwetten und Online-Casinospielen dagegen keinerlei präventionspolitische Bedenken gegenüber einer Vollkommerzialisierung hegt. Es erscheint keineswegs unwahrscheinlich, dass die deutschen Gerichte in dieser **offensichtlichen Widersprüchlichkeit** ein unionsrechtliches Kohärenzdefizit sehen und hieraus eine Anwendungssperre bezüglich des Veranstaltermonopols bei großen Lotterien ableiten werden.

3.

Aber auch soweit man mit der - vom Gesetzeswortlaut insoweit abweichenden - Gesetzesbegründung allein auf § 1 Nr. 2 (**Kriminalitätsprävention**) abstellt, dürfte ein allein hierauf gegründetes landesstaatliches Veranstaltungsmonopol für große Lotterien **erheblichen Bestandsrisiken** ausgesetzt sein.

a)

Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es keinerlei Belege für die verfassungsrechtliche Tragfähigkeit eines auf die bloße „Kriminalitätsprävention“ gegründeten Glücksspielmonopols gibt. Im Gegenteil dürfte ein entsprechender Regulierungsansatz mit unkalkulierbaren Risiken verbunden sein. Bereits in seinem Sportwetten-Urteil vom 28.3.2006 (Az. 1 BvR 1054/01) hat das **Bundesverfassungsgericht** deutlich gemacht, dass die **Kriminalitätsbekämpfung** zwar zweifelsfrei ein legitimes Regulierungsziel darstellt, dieses Ziel aber „grundsätzlich“ **durch Regulaufgaben** und nicht durch das komplette Verbot privater Betätigung sichergestellt werden

muss (NJW 2006, 1264, 1260 – Rn. 118). Eine parallele Tendenz hat das Bundesverfassungsgericht auch in Bezug auf die Lotterieregulierung erkennen lassen. So hat das Gericht mit dem Kammerbeschluss vom 14.10.2008 (1 BvR 928/08) die Verhältnismäßigkeit eines Lotteriemonopols explizit mit dem hohen Gewicht der verfolgten Gesetzesziele „insbesondere in Gestalt der Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht“ begründet (s. ZfWG 2008, 351, 358). Diese Aussage kann durchaus dahin verstanden werden, dass die Kriminalitätsbekämpfung, die ebenfalls zu den in § 1 des GlüStV bereits normierten Zielen zählt, für sich genommen möglicherweise nicht derartig gewichtig ist, dass sie das Lotto-Monopol tragen würde. In jedem Falle bedürfte es einer plausiblen Begründung, weshalb die verfolgten Ziele der Kriminalitätsprävention im vorliegenden nicht auch durch Kontroll- und Aufsichtsmaßnahmen erreichbar sein sollten. Eine solchermaßen nachvollziehbare Begründung liegt indes nicht vor.

b)

In Frage gestellt wird die Verfassungs- und Unionsrechtskonformität des vorgesehenen landesstaatlichen Veranstaltermonopols für große Lotterien weiter dadurch, dass völlig offen bleibt, inwiefern die im Gesetzentwurf normierten organisatorischen Vorgaben für die landesstaatliche Lotterieveranstaltung zu einem Sicherheitsstandard führen sollten, der den einer konventionellen privatrechtlichen Veranstaltung übersteigt.

aa)

Dies betrifft zunächst die veranstalterbezogenen Regelungen unmittelbar: So sieht § 6 Abs. 2 S. 2 des Entwurfs eine **beliebige Delegation der Veranstaltertätigkeit** auf „betrante privatrechtliche Gesellschaften“ vor, die nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht notwendig einer landesstaatlichen Beherrschung unterliegen müssen. Auf welche Weise hierdurch ein „Mehr“ an Schutz gegen Manipulationen durch den Veranstalter erreichbar sein sollte, bleibt unerfindlich. Wenn also etwa der vormalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts, *H.-J. Papier*, schon für staatlich beherrschte private Gesellschaften keinerlei Anhaltspunkte hinsichtlich einer erhöhten Zuverlässigkeit und Lauterkeit der Entscheidungsträger zu erkennen vermochte (vgl. *dens.*, Festschrift für K. Stern, 1997, S. 543, 560 f.), wird diese Argumentation erst recht dort zum Tragen kommen müssen, wo organisationsrechtliche Verknüpfungen von vornherein nicht bestehen.

Mit Blick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sowie des Bundesverfassungsgerichts wird man aber davon ausgehen müssen, dass ein mit dem Aspekt der Kriminalitätsbekämpfung begründetes Verbot der privaten Veranstaltertätigkeit, sofern dieses überhaupt durch ein entsprechendes Ziel gerechtfertigt werden kann, allenfalls dann verhältnismäßig

und damit grundrechtskonform ist, wenn das gesetzliche Regelungskonzept „wirklich“ eine – rechtliche und tatsächliche – Ausrichtung zur Kriminalitätsbekämpfung erkennen lässt („**vertikale Kohärenz**“). Eben eine solche Ausrichtung aber ist infolge der voraussetzungslosen Delegierbarkeit der Veranstaltertätigkeit auf „betrante privatrechtliche Gesellschaften“ nicht wirklich erkennbar.

bb)

Eine parallele Problematik ergibt sich mit Blick auf die **Spielvermittlung** bei den veranstaltermonopolisierten Lotterien: Insoweit nämlich trifft der Gesetzentwurf **keine korrespondierende kriminalitätspräventive Regulierung** etwa im Sinne einer präventiven Zuverlässigkeitskontrolle für die Ausübung der Vermittlertätigkeit. Insbesondere greift der „grundsätzliche“ (?) Genehmigungsvorbehalt des § 5 Abs. 1 mit seiner Beschränkung auf Lotterien nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 insoweit explizit zu kurz, indem er gerade die von ihrem finanziellen Volume her besonders relevanten Lotterien (Höchstgewinne über 1 Million Euro / planmäßiger Jackpot) von vornherein ausklammert. Wenn aber der Gesetzentwurf speziell im Bereich großer Lotterien besondere Kriminalitätsgefahren zu sehen meint, wäre es konsequent, auch an dieser vorgelagerten Stelle Präventionsmechanismen bereit zu halten.

cc)

Aus den unter aa) und bb) dargelegten Aspekten ergeben sich gegen die vertikale Kohärenz des in § 6 Abs. 2 vorgesehenen landesstaatlichen Veranstaltermonopols für große Lotterien durchgreifende verfassungs- und unionsrechtliche Bedenken.

c)

Im Übrigen vermag im Rahmen einer **horizontalen Kohärenzprüfung** kaum einzuleuchten, weshalb gerade die Veranstaltung von Lotterien mit besonderen Manipulationsrisiken seitens des Veranstalters verbunden sein sollten, nicht aber für die Veranstaltung anderer Glücksspiele wie Sportwetten oder online-Casinospiele.

aa)

Soweit der Entwurf auf „Eigentümlichkeiten der Lotterieveranstaltungen“ abstellt, wird hierdurch die zunehmende **strukturelle Annäherung gerade von Lotterien und Sportwetten grundlegend verkannt**. Offensichtlich wird der Entwurf von der veralteten Vorstellung getragen, dass die Veranstaltung von Lotterien notwendig von einer Kumulation hoher Einsätze bei einem bestimmten Anbieter abhängig ist. Eben diese Vorstellung trifft die heutige Realität indes nicht. Unter den modernen Bedingungen von Internet, Quersubventionierung und Versicherbarkeit sind gerade unter den

nicht genehmigten Anbietern längst Konzepte realisiert worden, bei denen das Angebot von Lotterien von dem Erfordernis einer „kritischen Masse“ bzw. einer großen Teilnehmerzahl gelöst wurde (hierzu zuletzt ausführlich *Haltern*, ZfWG 2011, 77, 80). Entsprechend gehört das Angebot von Wetten auf Lotteriergebnisse seit längerem zur Realität des europäischen Glücksspielmarktes. Folgerichtig ergeben sich damit weitgehend parallele finanzielle Risiken wie bei Veranstaltung von Sportwetten. Die gesetzliche Differenzierung kann daher nicht überzeugen.

bb)

Eine den vorangegangenen Ausführungen entsprechende Bewertung findet sich auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Hinzuweisen ist hier namentlich auf die jüngste Entscheidung des **Bundesgerichtshofs vom 18.11.2010** (Az. I ZR 156/07). In dieser Entscheidung kommt der BGH nach einem detaillierten Vergleich der Risikopotentiale von Sportwetten auf der einen und Lotterien auf der anderen Seite zu folgender Bewertung:

*„Insgesamt ist davon auszugehen, dass das Gefahrenpotential von Lotterien geringer oder allenfalls ebenso groß wie das von Sportwetten ist. Damit weisen **Lotterien keine Besonderheiten** auf, die stärkere Beschränkungen ihres Angebotes durch private Unternehmen rechtfertigen können als für Sportwetten“*

- BGH, GRUR-RR 2011, 119 = BeckRS 2011, 00440 -.

Indem der vorliegende Gesetzentwurf ohne belastbare Argumentation **von dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung abweicht**, setzt er sich unvermeidlich einem gravierenden Risiko aus.

cc)

Auch mit Blick auf die neuere EuGH-Rechtsprechung dürfte sich die dem Gesetzentwurf zugrunde liegende These, dass der Veranstaltung von Lotterien ein besonderes, über die Veranstaltung von Sportwetten hinausgehendes Risiko innewohne, kaum überzeugend begründen lassen. Zu erinnern ist insoweit namentlich auf die Ausführungen des EuGH in der Entscheidung *Liga Portuguesa* vom 8.9.2009 (Rs. C 42/07), mit denen das Gericht besondere **Veranstalterrisiken** – in einem deutlichen Kontrast zu dem vorliegenden Entwurf – speziell durch die **bei Sportwetten typische Verknüpfung von Anbieter- und Sponsorentätigkeiten** begründet sah.

Wörtlich heißt es dort:

*„Zudem kann die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, der für manche der Sportwettbewerbe, auf die er*

*Wetten annimmt, sowie für manche der daran beteiligten Mannschaften als Sponsor auftritt, eine Stellung innehat, die es ihm erlaubt, den Ausgang dieser Wettbewerbe unmittelbar oder mittelbar zu beeinflussen und so seine Gewinne zu erhöhen“*

- NJW 2009, 3221, 3224 Rn. 71 -.

Zu Recht hat unlängst U. Haltern darauf aufmerksam gemacht, dass die kriminelle Energie, die für derartige Manipulationen erforderlich ist,

*„nicht höher oder gering (ist) als diejenige, die für eine Manipulation von Lotteriespielgeräten erforderlich ist“*

- dens., ZfWG 2011, 77, 81 -.

Gerade mit Blick auf die Kriminalitätsgeneigntheit der beiden Veranstaltungstypen kommt Haltern nach differenzierter Würdigung der Gefahrenlage ebendort sogar zu dem gegenteiligen Ergebnis, dass

*„der Sportwettenmarkt ... gefährlicher (ist) als der Lotteriemarkt“.*

Dies gilt vorliegend umso mehr, als der Entwurf mit der sog. „**Live-Wette**“ eine besonders manipulationsanfällige und die Integrität des Sports besonders gefährdende Wettform freigeben will. Parallele Erwägungen ergeben sich mit Blick auf **Online-Casinospiele**, die gleichsam per definitionem in einem abgeschotteten Bereich abgewickelt werden und damit kaum geringeren Risiken ausgesetzt sein dürften als die Veranstaltung großer Lotterien.

Vor diesem Hintergrund erscheint es höchst fraglich, ob der EuGH bzw. die das Unionsrecht prüfenden nationalen Gerichte die einseitigen, augenscheinlich vor allem ergebnisorientierten Wertungen des Gesetzesentwurfes bezüglich der Kriminalitätsrisiken von Lotterieveranstaltungen zu akzeptieren bereit wären.

dd)

Die recht offen liegenden Fehlgewichtungen des Gesetzesentwurfes zeitigen sowohl verfassungs- als auch unionsrechtliche Folgen. In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist zu befürchten, dass das Bundesverfassungsgericht von einem **gleichheitsrechtlich relevanten Systembruch** ausgehen und hieraus eine Verfassungswidrigkeit des Veranstaltermonopols ableiten wird. In unionsrechtlicher Hinsicht ergeben sich parallele Bedenken aus den vom EuGH aufgestellten Kohärenzanforderungen für staatliche Ausschließlichkeitsrechte. So ist davon auszugehen, dass der vom EuGH in Bezug auf den As-



pekt der Suchtprävention entwickelte Grundsatz, dass eine Monopolisierung von Glücksspielen dort in Frage zu stellen ist, wo gefahrenträchtigere Spiele dem freien Markt überantwortet werden, in analoger Weise auch auf den Aspekt der Kriminalitätsbekämpfung zu erstrecken sein dürfte. Dies aber bedeutet, dass Monopolisierungen zur Kriminalitätsbekämpfung ausgeschlossen sind, wenn andere mit höherem Risiko behaftete Spielformen, namentlich Online-Casinospiele, nicht entsprechend reguliert werden.

ee)

Im Ergebnis muss damit davon ausgegangen werden, dass das im Gesetzentwurf vorgesehene Veranstaltermonopol für große Lotterien nicht durchsetzbar sein wird.

#### D. Der Umgang mit EU-Glücksspielkonzessionen

Als eine mit der Anforderungen an einen zeitgemäßen Spielerschutz unvereinbare **Preisgabe eigener Steuermöglichkeiten** ist weiter die de facto-Anerkennung beliebiger Genehmigungen des EU-Auslandes anzusehen, wie sie der Entwurf in § 19 Abs. 3 für Online-Casinospiele sowie in § 22 Abs. 4 für Wetten ansieht. Mit dieser Marktöffnung droht eine massive Ausweitung auch hochriskanter Glücksspiele im Internet, deren soziale Folgewirkungen und soziale Kosten augenscheinlich nicht zur Kenntnis genommen werden.

1.

Dabei ist zunächst davon auszugehen, dass sich **Casinospiele** – zumal in der Form des Online-Spieles – grundsätzlich nicht für eine kommerzielle Freigabe eignen. So entspricht es der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes (Urt. vom 19.7.2000, Az. 1 BvR 539/96), derartige Spielformen als **unerwünschte Betätigungen** einzuordnen, die lediglich deshalb in dosierter Form und unter besonderer staatlicher Verantwortung angeboten werden, um

*„dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen und dadurch die natürliche Spielleidenschaft vor strafbarer Ausbeutung zu schützen“*

- BVerfG, GewArch 2001, 61, 62 -.

Konsequenterweise ordnet das Bundesverfassungsgericht diesen Bereich denn auch seit jeher dem klassischen Polizei- und Ordnungsrecht, nicht aber dem auf Gewinnmaximierung ausgerichteten Wirtschaftsrecht zu (st. Rspr. seit BVerfGE 28, 119, 143; zuletzt BVerfG, NVwZ-RR 2008, 1).

Die mit dem Entwurf verfolgte Zuordnung des Angebots von Casinospiele in das allgemeine Wirtschaftsrecht steht in offenem Widerspruch zu dem tradierten, vom Gedanken des Spielerschutzes getragenen Ansatz des Bundesverfassungsgerichts.

2.

Unabhängig hiervon ergibt sich aus § 19 Abs. 3 sowie § 22 Abs. 4 de facto eine grenzüberschreitende Anerkennung von EU-Internetlizenzen, was im Ergebnis bedeutet, dass das Land Schleswig-Holstein eigene Überwachungs- und Steuerungsmöglichkeiten ohne Not aufgibt und sich unbesehen der jeweiligen Genehmigungspraxis anderer Länder ausliefert.

a)

Wie problematisch dies in unionsrechtlich nicht harmonisierten Bereichen wie dem Glücksspielrecht sein kann, hat namentlich Generalanwalt *Mengozzi* ausgeführt, wenn er in seinem Schlussantrag vom 4. März 2010 bemerkt, dass der

*„Grundsatz der **gegenseitigen Anerkennung**, obwohl attraktiv, ... weit davon entfernt ist, eine „Wunderlösung“ zu sein. In manchen Sektoren machen die enormen Unterschiede der Regelungen der Mitgliedstaaten die Anwendung des Grundsatzes unmöglich, der trotz seines überaus großen Potenzials als Instrument für die Verwirklichung des Binnenmarkts aufgrund seines Charakters ein **Instrument ist, das Grenzen hat**“*

- *Schlussantrag Rs. C-316/07 u. a. vom 4.3.2010, Rn. 100 -*

b)

Bedenklich erscheint die im Gesetzentwurf vorgesehene de facto-Anerkennung auswärtiger Lizenzen zumal mit Blick auf die fragwürdige Praxis der Erteilung von sog. „**Offshore-Lizenzen**“ durch einige kleinerer EU-Mitgliedstaaten, die selbst in der zurückhaltenden Diktion des Generalanwalts *Mengozzi* im Sinne „*nationale(r) Praktiken*“ qualifiziert wurde,

*„die geeignet sind, das gegenseitige Vertrauen (Art. 10 EG), auf das eine eventuelle Harmonisierung des Sektors oder zumindest das System der gegenseitigen Anerkennung der Erlaubnisse im Bereich des Glücksspiels gestützt werden müsste, selbst zu zerstören“*

- aaO., Rn. 104 -.

Ausdrücklich erkannte Generalanwalt *Mengozzi* in diesen gravierenden Missbräuchen

*„ein zusätzliches Argument für die **Notwendigkeit, eine gegenseitige Anerkennung auszuschließen**“.*

Dass das Land Schleswig-Holstein eben diese Notwendigkeit nicht erkennt und auf die naheliegenden Gefahren eines Missbrauchs der pauschalen Anerkennung von EU-Lizenzen nicht reagiert, erscheint mit Blick auf die Erfordernisse eines effektiven Spielerschutzes nicht vertretbar.

## E. Weitere Schwachstellen des Entwurfs

1.

Konzeptionell missglückt dürfte der Versuch sein, die **Standorte für den terrestrischen Vertrieb von Sportwetten** einer Begrenzung im Rahmen der kommunalen Bauleitplanung (§ 23 Abs. 5) zu unterwerfen.

§ 23 Abs. 5 Satz 2 des Entwurfes verfolgt augenscheinlich das Ziel, die Verwirklichung der Zielvorgaben des § 1 in das kommunale Bauleitplanungsverfahren zu implementieren. Die hiermit anvisierte inhaltliche „Ergänzung“ der Planungsziele und Planungsvorgaben des BauGB dürfte bereits kompetenzrechtlich unzulässig sein, scheiterte aber jedenfalls am **Vorrang des Bundesrechts** nach Art. 31 GG. Den Ländern steht es nicht zu, das bundesrechtlich geregelte und final determinierte Verfahren der Bauleitplanung um eigene landesrechtliche Zielvorgaben zu erweitern bzw. zu modifizieren. Für eine Umsetzung der in § 1 u. a. genannten Ziele, Glücksspiele ordnungsgemäß durchzuführen und Einnahmen für bestimmte Zwecke zu verwenden, bietet das bundesrechtlich geprägte Verfahren der Bauleitplanung schlechterdings keinen Raum. Die Berücksichtigung dieser Ziele führte daher zur Fehlerhaftigkeit von Bebauungsplänen.

Die diesbezügliche Regelung des **§ 23 Abs. 5 Satz 2 ist daher unwirksam.**

2.

Ohnehin dürfte es unter **unionsrechtlichen Kohärenzaspekten** wenig plausibel sein, den weniger gefährlichen terrestrischen Vertrieb zu kontingentieren, den – im Übrigen auch vom Bundesverfassungsgericht im Urteil vom 28.3.2006 (Az. 1 BvR 1054/01, NJW 2006, 1261, 1266, Rn. 136) unter suchtpräventiven Aspekten für problematisch erachteten – Onlinevertrieb von Sportwetten dagegen von entsprechenden Restriktionen freizustellen.

3.

Eine unter dem Aspekt des Spielerschutzes nicht akzeptable **Deregulierung** weiter Teile des Glücksspielwesens dürfte sich aus der **Begrenzung des Entgeltbegriffes** in § 3 Abs. 6 ergeben. Die dort für die Annahme eines Glücksspiels geforderte Entgeltleistung in Form eines „*nicht unerheblichen Vermögensopfers*“ ist nicht nur unter Bestimmtheitsaspekten fragwürdig, sondern bietet weite Schlupflöcher für Glücksspielanbieter, die sich durch entsprechende Preisgestaltungen jeglichen Spielerschutzvorgaben entziehen können.

a)

Dabei zeigt ein Blick in die strafrechtliche Judikatur, dass ein Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle teilweise erst ab Beträgen in Höhe von 20 Euro angenommen wird (*Hoyer, SK-StGB, § 284 Rn. 6*). Unter Spielerschutzaspekten erscheint die völlige Freigabe von Glücksspielen mit entsprechend begrenzten Einzelentgelten nicht hinnehmbar. Die vorgesehene Regelung führt zu dem sinnwidrigen Ergebnis, dass etwa Wettangebote in einem Einsatzbereich zwischen 1 und 20 Euro womöglich außerhalb jeglicher Glücksspielrechtlicher Regulierung als schlichte Gewerbetätigkeit angeboten werden könnten.

b)

Dass es dagegen ausgerechnet für die suchtpolitisch weniger bedenklichen Angebote **großer Lotterien** nicht auf die Erheblichkeit des Vermögensopfers ankommen soll (§ 3 Abs. 6 S. 2), gehört zu den weiteren Unstimmigkeiten des Gesetzes und ist wohl **nur fiskalpolitisch** zu erklären.

4.

Hochproblematisch erscheint auch die Öffnung des Wettgeschäfts für Wetten jenseits des Sportgeschehens. Hierin liegt nicht nur eine für den Sport und dessen berechnete Interessen problematische Entprivilegierung der Sportwette. Vielmehr ist offenkundig, dass mit dieser Öffnung die **Anziehungskraft des Wettgeschäfts massiv erhöht** werden soll – mit allen nachteiligen präventionspolitischen Folgen. Im Übrigen dürfte sich die Öffnung des Wettsektors vor allem **zu Lasten des Jugendschutzes** auswirken, da gerade die Bewettung jugendspezifischer Themenstellungen wie etwa Wetten auf den Ausgang von Casting-Shows (DSDS / Topmodel) und ähnlichen Wettbewerben (Eurovision Song Contest) besondere Umsätze versprechen dürften.

5.

**Irreführend** und sachlich **unzutreffend** dürfte schließlich die Behauptung in der Gesetzesbegründung sein, wonach

*„die **Vermittlung** (scil.: von Lotterierprodukten) **über Landesgrenzen hinweg ... entsprechend der Rechtslage unter dem Lotteriestaatsvertrag zulässig (ist)**“*

- ebda., Abschnitt C. I. 1 -.

Jedenfalls soweit es um die Einwerbung von Spielaufträgen außerhalb des Landes Schleswig-Holstein geht, unterliegt die Freigabe einer entsprechenden Betätigung durch gewerbliche Spielvermittler allein der Regelungszuständigkeit derjenigen Länder, in denen der Spielauftrag abgegeben wurde. Solange daher die übrigen Bundesländer aus suchtpreventiven Gründen an einer Beschränkung des Lotterieangebotes in ihrem Hoheitsbereich festhalten und hierbei Erlaubnisse für die grenzüberschreitende Vermittlung nicht erteilen, könnten aus den durch das Land Schleswig-Holstein erteilten Erlaubnissen keinerlei Rechte auf eine grenzüberschreitende Akquisition von Spielaufträgen abgeleitet werden (§ 3 Abs. 4 GlüStV).

Dies gilt uneingeschränkt auch für die **Internetvermittlung**, soweit hierdurch Teilnahmemöglichkeiten außerhalb desjenigen Landes eröffnet werden, das die Vermittlung gestattet hat (s. *Dietlein*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht*, 2008, § 3 Rn. 14 mwN.). Die in Schleswig-Holstein zugelassenen Internetanbieter und -vermittler müssten also insoweit im Wege etwa der Geolokalisation für eine territoriale Begrenzung ihres Online-Angebotes auf das Landesgebiet Schleswig-Holstein sorgen, was die auch praktische Vollzugsproblematik des mit dem Gesetzesentwurf eingeschlagenen (Sonder-) Weges nochmals verdeutlicht.

## **F. Abgabenrechtliche Fragestellungen**

Lediglich cursorisch sollen abschließend einige abgaberechtliche Aspekte angesprochen werden, die aus hiesiger Sicht der vertieften Prüfung bedürften.

1.

Nach wie vor unklar erscheint, welchem **Abgabentypus** die in § 40 vorgesehene Glücksspielabgabe zuzuordnen sein sollte. Die in der Entwurfsbegründung angenommene Zuordnung der Abgabe zu den „*lenkenden Sonderabgaben*“ dürfte jedenfalls mit den in § 46 vorgesehenen Abgabenzwecken („*Erreichung der Ziele in § 1*“) nicht ohne weiteres vereinbar sein. Denn zu

den dortigen Zielen zählen explizit auch rein **fiskalische Ziele** wie die „*Förderung öffentlicher, gemeinnütziger oder mildtätiger Zwecke*“ (Nr. 5). Diese auch fiskalische Ausrichtung wird dadurch bestätigt, dass das „lenkungsspezifische“ Ziel einer Dämpfung des Angebotes in Satz 2 der Norm explizit nur als eines von mehreren Zielen darstellt wird (sog. „Regelbeispiel-Technik“).

Sofern man aber für die **lenkenden Sonderabgaben** mit der Gesetzesbegründung (s. S. 53) von einer Herabsetzung der strengen verfassungsrechtlichen Vorgaben – insbesondere von dem Gebot der „gruppennützigen Verwendung“ der Erträge - ausgeht, findet diese Privilegierung ihre Grenze nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dort, wo – ob als Haupt- oder Nebenzweck - fiskalpolitische Ziele (mit-) verfolgt werden

- s. BVerfG, NJW 1985, 37, 38: „*Verfolgt eine Sonderabgabe jedoch einen Finanzierungszweck - sei es als Haupt- oder als Nebenzweck -, so gelten die angeführten Kriterien (scil. z. B. gruppennützige Verwendung der Erträge, d. V.) in vollem Umfang. Hinzutretende Lenkungszwecke, seien sie dominant oder nur beiläufig, ändern daran nichts*“; wie hier auch *Siekman*, in: Sachs, GG-Komm., 5. Aufl. 2009, vor Art. 104a Rn. 170 -.

Diese **Grenze** wird vorliegend ersichtlich **überschritten**, so dass eine verfassungsrechtliche Privilegierung der Abgabe von vornherein nicht angenommen werden kann.

Eine alternative Rechtfertigung der Abgabe etwa als „*Sonderabgabe mit Finanzierungsfunktion*“ aber scheidet ohnehin aus, schon weil eine „gruppennützige Verwendung“ der Einnahmen nicht vorgesehen ist.

2.

Hochproblematisch dürfte schließlich die im Gesetzentwurf vorgesehene „**Atomisierung**“ der **abgabenrechtlichen Regulierung** des Glücksspiels sein.

a)

Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass der Europäische Gerichtshof im umsatzsteuerrechtlichen Kontext ein Gebot der „**steuerlichen Neutralität**“ dahingehend entwickelt hat, dass es den Mitgliedstaaten untersagt ist,

*„gleichartige und deshalb miteinander in Wettbewerb stehende Waren oder Dienstleistungen hinsichtlich der Mehrwertsteuer unterschiedlich zu behandeln“*

- EuGH, Urteil vom 17. 2. 2005 - C-453/ 02 Rz. 32 -.

Zumindest tendenziell dürfte hiermit der Weg in Richtung einer partiell auch abgabenrechtlichen Kohärenzprüfung eingeschlagen worden sein, so dass mit der Vielzahl unterschiedlicher Regulierungsansätze zugleich das Risiko unionsrechtlicher Beanstandungen ansteigt.

b)

Ohnehin ist festzustellen, dass die abgabenrechtlichen Detailregelungen des vorliegenden Entwurfes zahlreiche an dieser Stelle nicht zu klärende Fragen hinsichtlich ihrer **Unionsrechtskonformität** aufwerfen. Dies gilt namentlich mit Blick auf die vorgesehene Besteuerung ausländischer Anbieter, aber auch mit Blick auf die vorgesehenen Besteuerungstatbestände, die, wie § 40 Abs. 2, wortgetreuer Anwendung sogar rein im Ausland erteilte und abgewickelte Spielaufträge zu erfassen imstande sind.

c)

Schließlich bleibt die **offene Frage**, auf welche Weise die **tatsächliche Durchsetzung** der vorgesehenen abgabenrechtlichen Regulierung sichergestellt werden sollte. Diese Frage ist insoweit von erheblicher Bedeutung, als strukturelle Defizite in der Durchsetzbarkeit einzelner abgabenrechtlicher Normen unter gleichheitsrechtlichen Aspekten zum Bestandsrisiko auch für die sonstigen abgabenrechtlichen Regelungen werden können (BVerfGE 84, 239 ff. – Zinsbesteuerung).

Düsseldorf, den 5. April 2011

Univ.-Prof. Dr. iur. Johannes Dietlein