

Verfassungs- und unionsrechtliche Bewertung des Entwurfs des Ersten Glückspieländerungsstaatsvertrags

Gutachterliche Stellungnahme

Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M. (Cantab.)

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Internationales Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie
sowie
Institut für Staatsrecht, Verfassungslehre und Rechtsphilosophie
der
Universität Heidelberg

im Auftrag von Betfair Limited

9. Juni 2011

Gliederung

- A. Gründe, Gegenstand und Ziel der Stellungnahme
- B. Überblick über den Ansatz des Ersten GlüÄndStV sowie das weitere Regelungsumfeld
 - I. Ziele der Glücksspielregulierung
 - II. Beschränkte Öffnung der Sportwetten für private Veranstalter
 - III. Internettätigkeiten
 - IV. Spielhallen
 - V. Pferdewetten
 - VI. Alternative Regelungskonzepte
 - VII. Bundesrechtliche Regelungen für Glücksspielautomaten
- C. Unionsrechtliche Vorgaben
 - I. Beschränkungen von Grundfreiheiten müssen in Bezug auf die verfolgten Ziele kohärent und systematisch erfolgen
 - II. Folgen für den Ersten GlüÄndStV
 - 1. Inkohärenz zwischen Sportwetten und Geldautomatenspiel
 - 2. Inkohärenz wegen anderer Regelungskonzeption Schleswig-Holsteins
 - 3. Beschränkung auf feste Anzahl von Konzessionen unverhältnismäßig
 - 4. Keine Rechtfertigung durch Schwarzmarkt看ämpfung
 - 5. Keine Rechtfertigung durch Schutz der Integrität des Sports
 - 6. Inkohärenz zwischen Sportwetten und Pferderennwetten
 - 7. Inkohärenz im Bereich der Internettätigkeiten
 - III. Weitere unionsrechtliche Bedenken
- D. Verfassungsrechtliche Vorgaben
 - I. Grundsätze der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen zur Glücksspielregulierung
 - 1. Berufsfreiheit, Art. 12 GG
 - 2. Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG
 - II. Folgen für den Ersten GlüÄndStV
 - 1. Die Konzessionsregelung für Veranstaltung von Sportwetten und Lotterieveranstaltungsmonopol stellen objektive Berufswahlregelungen dar
 - 2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die Begrenzung der Anzahl der Sportwettkonzessionen problematisch
 - 3. Rechtfertigung des Lotterieveranstaltungsmonopols fraglich
 - 4. Nötige Beschränkung des Geldautomatenspiels verfassungsrechtlich problematisch
 - a) unionsrechtliche Kohärenz erfordert massive Beschränkungen des Automatenspiels
 - b) verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Beschränkungen problematisch
 - 5. Problematische Ungleichbehandlung im Landesrecht möglich
- E. Zusammenfassung der Ergebnisse

A. Gründe, Gegenstand und Ziel der Stellungnahme

Am 15. April 2011 hat Deutschland den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag (*Erster GlüÄndStV*) bei der Europäischen Kommission notifiziert. Wesentliche Treiber der Novellierung des bestehenden Glücksspielrechts dürften neben dem Auslaufen des aktuellen Glücksspielstaatsvertrages (*GlüStV*) zum Ende des Jahres 2011 vor allem drei Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (*EuGH*) vom 08.09.2010 sein (Markus Stoß, Carmen Media, Winner Wetten),¹ in denen die unionsrechtlichen Anforderungen an nationale Glücksspielregulierungen dem Gebot einer kohärenten Regelung folgend für das deutsche Glücksspielrecht verbindlich konkretisiert wurden. Die Entscheidungen des EuGH haben erheblichen Nachbesserungsbedarf für das deutsche Glücksspielrecht ausgelöst. Der Gesetzgeber steht nun vor der Aufgabe, eine neue Glücksspielregulierung vorzunehmen, die der unionsrechtlichen Anforderung entspricht, das Schutzziel der Regelungen tatsächlich in hinreichend systematischer und kohärenter Weise zu erreichen. Das Kohärenzgebot ist dabei sowohl in Bezug auf das Ziel der Glücksspielregulierung als auch auf das Schutzniveau der verschiedenen Glücksspielarten zu beachten. Der Erste GlüÄndStV soll vor allem die unionsrechtlichen Anforderungen an nationale Glücksspielregulierungen berücksichtigen. Zudem soll auch den verfassungsrechtlichen Vorgaben² Rechnung getragen werden.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob der im Entwurf vorliegende Erste GlüÄndStV den unions- und verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine nationale Glücksspielregulierung genügt. Im Folgenden wird dazu zunächst der Erste GlüÄndStV in den relevanten Teilen sowie das weitere Regelungsumfeld kurz skizziert (B.). Sodann wird untersucht, ob der Erste GlüÄndStV den Vorgaben des Unionsrechts (C.) und des Grundgesetzes (D.) für nationale Glücksspielregulierungen genügt. Die Untersuchung schließt mit einer Zusammenfassung (E.).

Dabei zeigen sich folgende Ergebnisse:

- Während für Sportwetten maximal sieben Konzessionen vorgesehen sind, ist das gewerbliche Geldautomatenspiel für eine unbeschränkte Zahl privater Veranstalter offen. Dies ist inkohärent.
- Ebenfalls als inkohärent zu bewerten ist es, dass Pferdewetten im Vergleich zu sonstigen Sportwetten unbegrenzt privaten Anbietern zugänglich sind.
- Mit der Ausweitung des staatlich monopolisierten Lotterieveranstaltungen sowie des Spielbankenangebots auf das Internet wird das Regulierungsziel der Spielsuchtbekämpfung nicht systematisch und kohärent verfolgt.

¹ EuGH, verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07 – Markus Stoß; Rs. C-46/08 – Carmen Media, Rs. C-409/06 – Winner Wetten.

² BVerfGE 115, 276 ff.; BVerfG (K), NVwZ 2008, 1338 ff.; BVerfG (K), NVwZ 2009, 1221 ff.

- Der Entwurf eines Glücksspielgesetzes aus Schleswig-Holstein, der eine weitergehende Liberalisierung im Bereich der Sportwetten vorsieht, stellt die rechtliche Erforderlichkeit der restriktiven Experimentierklausel für Sportwetten im Ersten GlüÄndStV in Frage; auch dies kann zur Inkohärenz führen.

- Die Beschränkung auf eine feste Anzahl von Sportwettkonzessionen ist weder geeignet noch erforderlich, um den Zielen des Staatsvertrags gerecht zu werden; die Experimentierklausel ist daher unverhältnismäßig.

- Das Ziel der Schwarzmarkt看ämpfung ist bei einer Zulassung von nur sieben Sportwettveranstaltern bei gleichzeitiger Festlegung von monatlichen Einsatzhöchstgrenzen von 750 Euro und einer Konzessionsabgabe in Höhe von 16,66 % der Spieleinsätze nicht zu erreichen. Diese Einschränkungen haben vielmehr auf private Anbieter eine erdrosselnde und prohibitive Wirkung und sind daher nicht zu rechtfertigen.

- Es bestehen rechtliche Bedenken hinsichtlich der Höhe der Konzessionsabgabe. Diese führt dazu, dass *de facto* das Sportwettenmonopol aufrecht erhalten bleibt. Zudem sind die Auswahlkriterien für die Vergabe einer Konzession so gefasst, dass sie zumindest mittelbar diskriminierend sein dürften. Auch die Übergangsregelungen bevorzugen staatliche Anbieter ohne hinreichende Rechtfertigung.

- Das vom Ersten GlüÄndStV neu definierte Ziel des Schutzes der Integrität des sportlichen Wettbewerbs wird durch eine Begrenzung der Anbieterzahl für Sportwetten nicht gefördert. Die Gefahren für die Integrität des sportlichen Wettbewerbs gehen typischerweise nicht von Wettveranstaltern, sondern von Wettteilnehmern aus.

B. Überblick über den Ansatz des Ersten GlüÄndStV sowie das weitere Regelungsumfeld

I. Ziele der Glücksspielregulierung

Die im Ersten GlüÄndStV vorgesehenen Änderungen betreffen zunächst die expliziten Ziele des Staatsvertrags (vgl. § 1 des GlüStV in der Fassung des Ersten GlüÄndStV - *GlüStV n.F.*). Neben den bereits im aktuellen GlüStV genannten Zielen der Spielsuchtbekämpfung, des Jugend- und Spielerschutzes, der Abwehr von betrügerischen Machenschaften und deren Folge- und Begleitkriminalität sowie der Begrenzung und Kanalisierung des Glücksspielangebotes wird nun ausdrücklich im Zusammenhang mit dem Kanalisierungsgedanken das Ziel aufgeführt, der Entwicklung und Ausbreitung des Schwarzmarktes entgegenzuwirken (§ 1 S. 1 Nr. 2 GlüStV n. F.). Als weiteres Ziel wird die Vorbeugung vor Gefahren für die Integrität des Sports genannt (vgl. § 1 S. 1 Nr. 5 GlüStV n. f.). Die verschiedenen Ziele werden nunmehr ausdrücklich als gleichrangig bezeichnet.

II. Beschränkte Öffnung der Sportwetten für private Veranstalter

Die weiteren geplanten Änderungen betreffen vor allem die Sportwetten. Das bislang vorgesehene staatliche Monopol bei der Veranstaltung von Sportwetten soll durch eine auf sieben Jahre beschränkte Experimentierklausel für private Veranstalter beschränkt geöffnet werden (§§ 4a-e, 10a GlüStV n.F.). In diesem Zeitraum dürfen Sportwetten mit einer Konzession nicht nur von staatlichen Anbietern, sondern auch von privaten Veranstaltern veranstaltet werden. Die Höchstzahl der Konzessionen wird auf sieben festgelegt (§ 10a Abs. 3 GlüStV n. F.). Für die Erteilung und Überwachung der Konzession wird für das Jahr der Erteilung eine Gebühr i.H.v. 250.000,- EUR erhoben; für jedes weitere Jahr der Dauer der Konzession wird eine Gebühr i.H.v. 175.000,- EUR fällig (§ 4c Abs. 3 GlüStV n. F.). Hinzu kommt eine Konzessionsabgabe i.H.v. 16,66% der Spieleinsätze (§ 4d GlüStV n. F.). Bei Sportwetten, die im Internet veranstaltet oder vermittelt werden, darf der Höchsteinsatz je Spielteilnehmer 750 EUR pro Monat nicht übersteigen (§ 4 Abs. 5 Nr. 2 GlüStV n. F.). Daneben besteht eine Vielzahl weiterer Voraussetzungen und Bedingungen für die Erteilung einer Sportwettenkonzession (vgl. neben den §§ 4a-4e und 10a auch § 21 GlüStV n. F.).

III. Internettätigkeiten

Darüber hinaus werden durch den Ersten GlüÄndStV die bisherigen Beschränkungen von Internettätigkeiten einerseits im Bereich der staatlichen Lotterien sowie andererseits in Bezug auf Casinospiele und Poker, soweit diese Spiele von den ganz überwiegend in staatlicher Hand befindlichen Spielbanken veranstaltet werden, gelockert (§ 4 Abs. 5 und § 20 Abs. 3 GlüStV n.F.). Pferdewetten nach dem Rennwett- und Lotteriegesezt können unter den gleichen Voraussetzungen wie Lotterien und Sportwetten im Internet veranstaltet und vermittelt werden (§ 27 Abs. 2 GlüStV n.F.).

IV. Spielhallen

Weiter werden durch den Ersten GlüÄndStV Regelungen über Spielhallen etwas restriktiver gefaßt; vor allem sollen Spielhallen nicht mehr in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen stehen dürfen (§§ 24 - 26 GlüStV n.F.).³

V. Pferdewetten

Der Erste GlüÄndStV enthält auch Regelungen zu Pferdewetten. Ermöglicht wird dies voraussichtlich durch eine in das Rennwett- und Lotteriegesezt (*RWLG*) aufzunehmende Öffnungsklausel, die es den Ländern ermöglichen soll, ergänzende Regelungen zum *RWLG*, u. a. zum Verbot mit Erlaubnisvorbehalt hinsichtlich der Vermittlung und Veranstaltung von

³ Darüber hinaus hat Berlin ein eigenes Spielhallengesetz mit den §§ 24 ff. GlüStV vergleichbaren Inhalten erlassen. Ähnliche Bestrebungen lassen sich auch in weiteren Bundesländern feststellen, so z.B. in Hessen.

Pferdewetten über das Internet oder zum Spielersperrsystem, zu erlassen (vgl. § 27 Abs. 2, Abs. 3 GlüStV n.F.).

VI. Alternative Regelungskonzepte

Im Regelungsumfeld des Ersten GlüÄndStV ist zu beachten, daß das Bundesland Schleswig-Holstein derzeit eine andere, vom Entwurf des Ersten GlüÄndStV abweichende Glücksspielregulierung anstrebt. Der Schleswig-Holsteinische Entwurf für ein neues Glücksspielgesetz, der insbesondere im Bereich der Veranstaltung von Sportwetten deutlich offener für private Veranstalter ist, wurde der Europäischen Kommission bereits notifiziert. Die Kommission hat mit Schreiben vom 10.05.2011 Klarstellung lediglich in Bezug auf die Veranstaltung regionaler Lotterien sowie die Pflicht zur Stellung einer Bürgschaft bei einer Großbank erbeten. Im Übrigen hält die Kommission den Gesetzentwurf offenbar für unionsrechtskonform.

VII. Bundesrechtliche Regelungen für Glücksspielautomaten

Schließlich wird derzeit zwischen dem Bund und den Bundesländern darüber verhandelt, ob und wie mit der Novellierung des GlüStV zugleich die bundesrechtliche Regulierung von Glücksspielautomaten, die vor allem in der GewO und der SpielhallenVO erfolgt, intensiviert werden kann. Das entsprechende Angebot soll eingeschränkt sowie die Sucht- und Verlustgefahren etwas vermindert werden. Mögliche Ansatzpunkte für Veränderungen sind unter anderem die Zahl der zulässigen Spielgeräte in Gaststätten, die Spieldauer der Geräte und die Höhe der festgelegten Verlustgrenze in der Spielverordnung (*SpielV*).

C. Unionsrechtliche Vorgaben

Der Erste GlüÄndStV ist in verschiedener Hinsicht unionsrechtlich problematisch. Im Folgenden wird vor allem das Hauptproblem erörtert: Die – weiterhin – fehlende Kohärenz und Systematik der Glücksspielregulierung. Auf weitere Aspekte, die einer eigenständigen Darlegung bedürfen, wird danach kurz hingewiesen.

I. Beschränkungen von Grundfreiheiten müssen in Bezug auf die verfolgten Ziele kohärent und systematisch erfolgen

Der EuGH hat die Vorgaben des Unionsrechts für nationale Glücksspielregelungen, insbesondere nationale Glücksspielmonopole, in einer Reihe von Entscheidungen näher ausgeführt.⁴ Diese Vorgaben sind in drei Urteilen vom 08.09.2010⁵ auf das deutsche

⁴ EuGH, Rs. C-275/92, Slg. 1994, I-1039 – Schindler; Rs. C-124/97, Slg. 1999, I-6067 – Läärä; Rs. C-67/98, Slg. 1999, I-7289 – Zenatti; Rs. C-6/01, Slg. 2003, I-8621 – Anomar; Rs. C-243/01, Slg. 2003, I-3076 – Gambelli; Rs. C-

Glücksspielrecht, insbesondere das im GlStV normierte staatliche Monopol für die Veranstaltung von Lotterien und Sportwetten, angewendet worden. Der EuGH sieht dabei berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung, „dass ein solches Monopol nicht geeignet ist, die Erreichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spiel zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, dadurch zu gewährleisten, dass es dazu beiträgt, die Gelegenheit zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen“,⁶ und dass sich deshalb das präventive Ziel des Monopols nicht mehr wirksam verfolgen lässt, so dass das Monopol so nicht gerechtfertigt ist.

Im Einzelnen stellt der EuGH fest, dass die deutschen Regelungen über Sportwetten den freien Dienstleistungsverkehr (Art. 56 AEUV) und die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) beschränken. Beschränkungen der Grundfreiheiten können zwar aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, wie z.B. der Vermeidung von Anreizen zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen und der Bekämpfung der Spielsucht, gerechtfertigt sein. Die nationalen Maßnahmen, mit denen diese Ziele erreicht werden sollen, müssen aber zu ihrer Verwirklichung geeignet sein und dürfen nur solche Beschränkungen vorsehen, die dafür auch erforderlich sind.

Dabei steht es den Mitgliedstaaten nach Ansicht des EuGH zwar frei, zur Lenkung der Spiellust und des Betriebs der Spiele in kontrollierte Bahnen staatliche Monopole zu schaffen, wenn die Mitgliedstaaten der Ansicht sind, dass in einem Monopol die mit Glücksspielen verbundenen Gefahren wirksamer beherrscht werden können als mit einem System, in dem privaten Veranstaltern die Veranstaltung von Wetten unter dem Vorbehalt der Einhaltung bestimmter Rechtsvorschriften erlaubt würde. Die Mitgliedstaaten müssen aber zum Beleg dafür, dass die innerstaatliche restriktive Maßnahme diesen Anforderungen genügt, alle Umstände darlegen, anhand derer die Gerichte feststellen können, dass diese Maßnahme dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt. Insbesondere muß dargelegt werden, daß die nationale Regelung geeignet ist, die Erreichung des vom Mitgliedstaat geltend gemachten Ziels zu gewährleisten.

Dazu muß die nationale Regelung tatsächlich dem Anliegen gerecht werden, indem es das rechtfertigende Ziel in kohärenter und systematischer Weise zu erreichen sucht.⁷ Bei der entsprechenden Prüfung nimmt der EuGH – anders als das Bundesverfassungsgericht (dazu unten unter D. I. 1.) – sämtliche zugelassenen Glücksspiele und deren Regelungen in den Blick. Das gegenteilige Vorbringen, wonach das Gemeinschaftsrecht das Erfordernis einer

42/02, Slg. 2003, I-359 – Lindman; verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1932 – Placanica; Rs. C-42/07 – Liga Portuguesa; Rs. C-258/08 – Ladbrokes; Rs. C-203/08 – Sporting Exchange; verb. Rs. C-447/08 und C-448/08 – Sjöberg.

⁵ EuGH, verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07 – Markus Stoß; Rs. C-46/08 – Carmen Media; Rs. C-409/06 – Winner Wetten.

⁶ EuGH, verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, Rn. 117 unter 1.d) – Markus Stoß; nahezu gleichlautend EuGH, Rs. C-46/08, Rn. 112 unter 2. – Carmen Media.

⁷ EuGH, verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, Rn. 83, 88 ff. – Markus Stoß.

Gesamtkonsistenz aller Glücksspielregelungen nicht enthalte, wird vom EuGH explizit erwähnt⁸ und in der Sache deutlich zurückgewiesen.⁹

Die unionsrechtlich nötige Kohärenz und Systematik der derzeit bestehenden deutschen Glücksspielregulierung im GlüStV wird zwar nach Ansicht des EuGH nicht alleine dadurch in Frage gestellt, dass einige Glücksspielarten einem staatlichen Monopol unterliegen und für andere privaten Veranstaltern eine Erlaubnis erteilt wird, da diese Spiele unterschiedliche Merkmale aufweisen. Dennoch bestehe Grund zu der Schlussfolgerung, dass die deutsche Regelung Glücksspiele nicht in kohärenter und systematischer Weise begrenzt. Denn zum einen führen die staatlichen Monopolinhaber intensive (Image-)Werbekampagnen durch, um die Gewinne aus den Lotterien und Sportwetten zu maximieren und entfernen sich damit selbst von den Zielen einer Begrenzung des Spielangebots und der Spielsuchtprävention, die das Bestehen dieser Monopole rechtfertigen. Zum anderen betreiben oder dulden die deutschen Behörden in Bezug auf Glücksspiele, die wie Kasino- oder Automatenspiele zwar nicht dem staatlichen Monopol unterliegen, aber ein höheres Suchtpotenzial aufweisen als die vom Monopol erfassten Glücksspiele, eine Politik, mit der zur Teilnahme an diesen Spielen ermuntert wird.

Unter diesen Umständen bestehe berechtigter Anlass zu der Schlussfolgerung, dass das derzeit vorgesehene staatliche Glücksspielmonopol nicht geeignet ist, die Erreichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels dadurch zu gewährleisten, dass es dazu beiträgt, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen. Dass die Glücksspiele, die Gegenstand des genannten Monopols sind, in die Zuständigkeit der Länderbehörden fallen, während für die anderen Arten von Glücksspielen die Bundesbehörden zuständig sind, ist dabei unerheblich.

II. Folgen für den Ersten GlüÄndStV

Die Entscheidungen des EuGH haben erheblichen Änderungsbedarf für das deutsche Glücksspielrecht ausgelöst.¹⁰ Die in den Entscheidungen des EuGH genannten Einwände gegen die deutsche Glücksspielregulierung werden aber durch die im Ersten GlüÄndStV geplanten Regelungen nicht ausgeräumt. Zwar könnten die Ziele einer Begrenzung des Spielangebots und der Spielsuchtprävention Einschränkungen der Grundfreiheiten zumindest im Zusammenspiel grundsätzlich rechtfertigen. Auch wird der Gegensatz zwischen einem staatlichen Monopol für die Veranstaltung von Lotterien und Sportwetten einerseits und die weitgehende Freigabe vor allem von Glücksspielautomaten andererseits abgemildert, indem der Markt für Sportwetten begrenzt für Private geöffnet und das Glücksspielautomatenwesen etwas restriktiver reguliert wird.

⁸ EuGH, Rs. C-46/08, Rn. 26 – Carmen Media.

⁹ EuGH, Rs. C-46/08, Rn. 34, 68 f., 71 – Carmen Media.

¹⁰ Insoweit übereinstimmend *Dederer*, EuZW 2010, 771 ff.; *Stein*, ZfWG 2010, 353 ff.; *Klöck/Klein*, ZfWG 2010, 356 ff.; *Schorkopf*, DÖV 2011, 260 ff.

Allerdings verlangt das Unionsrecht, daß das Glücksspielrecht insgesamt in kohärenter und systematischer Weise begrenzt wird. Dies bedeutet, daß die verschiedenen Glücksspielarten und -formen entsprechend den Zielen ihrer Regulierung kohärent und systematisch zu regulieren sind. Daran fehlt es aber auch nach den geplanten Änderungen in mehrfacher Hinsicht.

1. Inkohärenz zwischen Sportwetten und Geldautomatenspiel

Zum einen besteht weiterhin eine erhebliche Inkonsistenz und Inkohärenz zwischen der Regulierung der Sportwetten und der des Geldautomatenspiels. Das mit einem sehr großen Suchtpotential versehene Automatenspiel ist weiterhin für private Veranstalter offen und im Ergebnis trotz der geplanten Verschärfungen relativ frei zugänglich, während die deutlich weniger suchtfährdenden Glücksspiele der Sportwette und der Lotterie weiterhin deutlich weitergehenden Beschränkungen unterliegen. Aus der Perspektive des Regelungszieles der Suchtgefahr ist es nicht kohärent, für Sportwetten nur sieben Konzessionen für private Veranstalter vorzusehen, dagegen für das Geldautomatenspiel, daß derzeit die Spielart mit dem höchsten Suchtpotential ist, private Veranstalter unbeschränkt zuzulassen.

Der Einwand, daß für das Recht der Glücksspielautomaten in wesentlichen Teilen der Bund zuständig ist, wohingegen das Glücksspielrecht im Übrigen im Grundsatz in den Kompetenzbereich der Länder fällt, greift hier nicht durch. Denn der EuGH hat in den oben genannten Entscheidungen explizit ausgeführt, dass es für die Anforderung einer kohärenten und systematischen Regelung unerheblich ist, dass die Glücksspiele, die Gegenstand der von Gericht beurteilten Monopole sind, in die Zuständigkeit der Länderbehörden fallen, während für die anderen Arten von Glücksspielen die Bundesbehörden zuständig sind.¹¹

Auch das Regelungsziel der Schwarzmarktbekämpfung ändert an der weiter fortbestehenden Inkohärenz nichts, sondern verstärkt sie eher noch, da im Bereich der Sportwetten ein erheblicher Schwarzmarkt existiert, der durch die beschränkte und wenig attraktive Öffnung für private Anbieter kaum auszutrocknen ist (dazu näher unten unter 4.), wogegen im Bereich des Geldautomatenspiels ein erheblicher Schwarzmarkt bislang nicht zu verzeichnen ist, nicht zuletzt wegen des großen Angebotes, das von den privaten Veranstaltern bereitgestellt wird.

Soweit der Gesetzgeber in Hinsicht auf die Suchtgefahr eine Inkohärenz und Inkonsistenz vermeiden möchte, muß er eine Regulierung schaffen, die den Suchtgefahren dieser Glücksspielarten entspricht, also entweder die Sportwetten den privaten Veranstaltern weiter öffnen, oder das Geldautomatenspiel erheblich beschränken. Die bislang diskutierten Änderungen im Bereich des Geldautomatenspiels, wonach Spielhallen nicht mehr in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen stehen dürfen bzw. die Zahl der zulässigen Spielgeräte in Gaststätten, die Spieldauer der Geräte und die Höhe der festgelegten Verlustgrenze neu (restriktiver) geregelt werden sollen, genügen nicht, die Attraktivität des

¹¹ EuGH, Rs. C-46/08, Rn. 69f. – Carmen Media.

Geldautomatenspiels so weit zu reduzieren, daß das verbleibende Suchtrisiko dem der Sportwetten entsprechen wird. Das zulässige Geldautomatenspiel wird auch nach den diskutierten Änderungen (ihre tatsächliche Umsetzung durch eine Änderung der SpielVO durch den Bund bleibt überdies abzuwarten) weiterhin eine deutlich leichtere Zugänglichkeit und eine wesentlich höhere Ereignisfrequenz haben als die Sportwetten. Hier sind nur massive Beschränkungen des Geldautomatenspiels geeignet, die nötige Kohärenz und Konsistenz herzustellen. Allerdings sind solche Beschränkungen – wie auch schon die bislang diskutierten Änderungen – verfassungsrechtlich problematisch, denn sie greifen intensiv sowohl in die durch Art. 12 GG geschützten ausgeübten Berufstätigkeiten als auch in die durch Art. 14 GG geschützten Eigentumsrechte eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetriebe ein, ohne unionsrechtlich geboten zu sein; die entsprechenden Einzelheiten werden unten (unter D. II. 4.) näher ausgeführt.

2. Inkohärenz wegen anderer Regelungskonzeption Schleswig-Holsteins

Die erforderliche Kohärenz bzw. die Erforderlichkeit der Regeln des Ersten GlüÄndStV wird weiter dadurch in Frage gestellt, daß Schleswig-Holstein mit seinem Glücksspielgesetzentwurf eine abweichende Regelungskonzeption anstrebt, die vor allem im Bereich der Sportwetten den privaten Veranstaltern mehr Freiraum läßt. Sollte sich dieses Regelungskonzept als nicht weniger gut geeignet erweisen, die ausgewiesenen Ziele der Glücksspielregulierung zu erreichen, sind die weitergehenden Beschränkungen des Ersten GlüÄndStV im Rechtssinne nicht erforderlich. Die entsprechende Rechtfertigungs- und Darlegungslast liegt dabei den Bundesländern, die eine höhere Eingriffsintensität vorsehen. Die föderale Kompetenzaufteilung in Deutschland ändert daran nichts, da die Verpflichtung zur Erreichung einer kohärenten und systematischen Regulierung Bund und Länder gleichermaßen trifft. Die Kohärenz muß aus Sicht des Unionsrechts in Deutschland insgesamt bestehen, weshalb der Verweis auf die Aufteilung der Gesetzgebungskompetenzen auf die Länder keine Durchbrechungen erlaubt.

3. Beschränkung auf feste Anzahl von Konzessionen unverhältnismäßig

Weiter ist nicht ersichtlich, wie die Begrenzung der Anzahl der Konzessionen auf die Zahl von sieben zu rechtfertigen ist. Falls ein Konzessionssystem eingeführt wird, kann es auch durch andere, weniger einschneidende Vorgaben die mit ihm anzustrebenden Ziele der Glücksspielregulierung erreichen. Dies wird besonders deutlich mit Blick auf die Regelungen für Geldspielautomaten und Pferderennwetten, die keine feste Zahl von Konzessionen als Zulassungsbeschränkung für private Anbieter vorsehen. Das möglicherweise mit der Festlegung auf sieben Konzessionen für private Veranstalter verfolgte Ziel, den staatlichen Anteil am Sportwettenmarkt und die entsprechenden Einnahmen möglichst groß zu halten, fällt unter keine der im Ersten GlüÄndStV genannten Ziele der Glücksspielregulierung, und wäre auch im Übrigen nicht zulässig, da das Erzielen staatlicher Einnahmen unionsrechtlich

(und verfassungsrechtlich) kein legitimes Ziel zur Beschränkung der Grundfreiheiten (und Grundrechte) der privaten Veranstalter ist.¹²

4. Keine Rechtfertigung durch Schwarzmarktbekämpfung

Auch das Regelungsziel der Schwarzmarktbekämpfung (§ 1 S. 1 Nr. 2 GlüStV n.F.) durch Ermöglichung eines hinreichenden legalen Angebotes an Glücksspielen ändert an der Inkonsistenz und Inkohärenz der geplanten Glücksspielregulierung nichts. Zwar könnte das Ziel der Schwarzmarktbekämpfung durch Ermöglichung eines hinreichenden legalen Angebotes an Sportwetten im Prinzip dazu führen, daß Sportwetten trotz ihrer gleich großen oder größeren Suchtgefahr als z.B. Lotterien für private Veranstalter geöffnet werden dürfen, obwohl andere Glücksspiele, die eine gleich große oder geringere Suchtgefahr haben, weiterhin dem staatlichen Veranstaltermonopol unterworfen werden. Die Zulässigkeit dieser sektoralen Öffnung setzt aber voraus, daß die Freigabe von Sportwetten für private Veranstalter geeignet und erforderlich ist, das Ziel der Bekämpfung des Schwarzmarktes bei Sportwetten, die vor allem auch über das Internet angeboten werden, in hinreichender Intensität zu erreichen. Diese Voraussetzung wird in der vorliegenden Konstellation nicht erfüllt. Zum einen ist zu bezweifeln, daß bei einer Zulassung von nur sieben Veranstaltern ein Angebot an Sportwetten bereit gestellt werden kann, das hinreichend groß ist, um den entsprechenden Schwarzmarkt signifikant einzudämmen. Zum anderen erfolgt die Öffnung für private Veranstalter unter Konditionen, die die Attraktivität der angebotenen Wettprodukte deutlich reduziert. Dies betrifft nicht nur die Regelung eines Höchstesatzes je Spielteilnehmer von 750 EUR pro Monat bei Sportwetten, die im Internet veranstaltet oder vermittelt werden, sondern vor allem auch die neben den Konzessionsgebühren zu entrichtende Konzessionsabgabe i.H.v. 16,66% der Spieleinsätze. Diese Konzessionsabgabe wird sicher zu einem insbesondere im Vergleich zum Niveau des Schwarzmarkts massiven Preisanstieg der konzessionierten Produkte privater Sportwettveranstalter führen und im Ergebnis wohl eine erdrosselnde und prohibitive Wirkung entfalten. Der massive Preisunterschied wird aus der Sicht der Interessenten den „Legalitätsvorsprung“ dieser Produkte gegenüber den Schwarzmarktanbietern deutlich verringern und im Ergebnis wohl überspielen. Daher kann das Regelungsziel der Schwarzmarktbekämpfung die Inkonsistenz und Inkohärenz der geplanten Glücksspielregulierung im Bereich der Sportwetten nicht aufheben.

Im Bereich der großen Lotterien müsste der Gesetzgeber im Übrigen zunächst den Nachweis eines bestehenden signifikanten Schwarzmarktes erbringen, was ihm jedoch nicht möglich sein dürfte. Insofern scheidet eine Rechtfertigung des Lotterieveranstaltungsmonopols mit dem Ziel der Schwarzmarktbekämpfung von vornherein aus.

¹² Vgl. etwa EuGH, Slg. 1999, I-7289 Rn. 36 – Zenatti; Rs. C-6/01; BVerfGE 115, 276 ff. (Rn. 107).

5. Keine Rechtfertigung durch Schutz der Integrität des Sports

Die vorgenannten Einwände gegen die begrenzte Zulassung privater Sportwettveranstalter können auch nicht durch das neu hinzukommende Ziel der Vorbeugung vor Gefahren für die Integrität des Sports (§ 1 S. 1 Nr. 5 GlüStV n.F.) beseitigt werden. Denn im Bereich der Sportwetten gehen die entsprechenden Gefährdungen typischerweise gerade nicht von den *Wettveranstaltern* aus, sondern von *Wettteilnehmern*, die versuchen, auf den Verlauf des Sportereignisses, auf das sie wetten, verdeckt Einfluß zu nehmen und damit einen Vorteil zu erlangen. Diese Gefahren bestehen aber unabhängig davon, ob der Wettveranstalter der Staat oder ein Privater ist.

6. Inkohärenz zwischen Sportwetten und Pferderennenwetten

Unabhängig von den bislang angeführten Aspekten bleibt im Verhältnis zwischen allgemeinen Sportwetten und Pferderennenwetten eine erhebliche Inkonsistenz bestehen, die einer Rechtfertigung entgegensteht, denn Pferderennenwetten sind privaten Veranstaltern weiterhin ohne numerisch begrenzte Konzessionen zugänglich, auch für ein Angebot im Internet (vgl. § 27 Abs. 2 GlüStV n. F.). Dies steht in Widerspruch dazu, daß es hinsichtlich des Suchtpotentials keine hinreichenden Unterschiede zwischen Pferdewetten und anderen Sportwetten gibt.¹³ Auch haben Pferdewetten im Vergleich zu anderen Sportwetten auf einzelne Sportarten kein zu vernachlässigendes Volumen,¹⁴ weshalb Pferdewetten auch von den Gerichten als eine bedeutende Teilmenge der Sportwette angesehen werden.¹⁵ Da Pferderennenwetten auch im Übrigen in Hinsicht auf die Ziele des Ersten GlüÄndStV mit anderen Sportwetten durchaus vergleichbar und wesentliche Unterschiede nicht zu erkennen sind, führt diese Ungleichbehandlung zwischen Pferderennenwetten und anderen Sportwetten zur Inkonsistenz und Inkohärenz der geplanten Glücksspielregulierung.¹⁶

7. Inkohärenz im Bereich der Internettätigkeiten

Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß nach dem Ersten GlüÄndStV sowohl die staatlich monopolisierten Lotterien als auch die ganz überwiegend in staatlicher Hand befindlichen Spielbanken nun auch ihr Angebot auf das Internet ausdehnen dürfen (§§ 4 Abs. 5, 20 Abs. 3 GlüStV n.F.), was vor allem im Bereich der Lotterien, bei denen kein signifikanter Schwarzmarkt besteht, eine Politik der Ausweitung der staatlichen Angebote zur Steigerung der staatlichen Einnahmen belegt. Durch den Ersten GlüÄndStV wird deshalb das Ziel der

¹³ Zum Suchtpotential der Pferdewetten nur *Meyer/Hayer*, Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten, Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen, 2005; Beschluss des Fachbeirats nach § 10 Abs. 1 Satz 2 GlüStV vom 12.03.2008.

¹⁴ Dazu nur *Schneider/Maurhart*, Marktuntersuchung zum deutschen Markt für Pferderennenwetten, 2010.

¹⁵ VG Dresden, Urt. v. 13.01.2010 - 6 K 2436/05 -, S. 23.

¹⁶ Vgl. auch VG Hamburg, Urteil vom 02.11.2010 - 4 K 1495/07; VG Gera, Urteil vom 14.12.2010 - 5 K 155/09 Ge Rn. 91 f.

Spielsuchtbekämpfung im Bereich der Lotterien nicht in der unionsrechtlich gebotenen systematischen und konsistenten Art und Weise verfolgt. Vielmehr stellen sich die Öffnung des Internets, die vorgesehene Einführung grenzüberschreitender Lotterieangebote und der Verzicht auf die Festschreibung eines Verbots der von EuGH¹⁷ und Bundesverwaltungsgericht¹⁸ beanstandeten Imagewerbung als deutliche Indizien dafür dar, dass mit der Regulierung der großen Lotterien nicht das Ziel der Suchtbekämpfung verfolgt, sondern vielmehr eine diesem Ziel zuwiderlaufende Politik der Expansion betrieben wird, die zwecks Erzielung von Mehreinnahmen die Verbraucher zu mehr Glücksspiel anreizt und ermuntert. Eben dieser Faktor war einer der Gründe für die vom EuGH festgestellten unionsrechtlichen Defizite der deutschen Glücksspielregulierung.

III. Weitere unionsrechtliche Bedenken

Neben den fortbestehenden Inkohärenzen gibt es weitere Aspekte des Ersten GlüÄndStV, die unionsrechtlich zumindest problematisch sind. Diese Aspekte bedürfen einer eigenständigen Darlegung, sollen aber nicht ausgespart, sondern zumindest kurz erwähnt werden. Zum einen ist die Höhe der Abgaben auf Sportwettveranstaltungen vor allem wegen der Konzessionsabgabe so hoch, daß die privaten Anbieter von Sportwetten ökonomisch bzw. de facto weiterhin ausgeschlossen sein werden, womit der Erste GlüÄndStV das staatliche Monopol für die Veranstaltung von Sportwetten im Ergebnis aufrecht erhielt, obwohl der EuGH dies als unionsrechtswidrig angesehen hat. Zum anderen könnte die Konzessionsabgabe insoweit unverhältnismäßig bzw. ungerechtfertigt diskriminierend sein, als sie an der Höhe des Spieleinsatzes orientiert ist und nicht am Ertrag, der aber hinsichtlich der möglichen Rechtfertigungsgründe dieser Abgabe wohl die adäquatere Bezugsgröße ist. Weiter sind die Voraussetzungen und Auswahlkriterien für eine Sportwettenkonzession so gefaßt, daß die staatlichen Veranstalter gegenüber den privaten Veranstaltern möglicherweise ohne hinreichenden Grund bevorzugen und damit die privaten Anbieter zumindest mittelbar diskriminiert werden. Schließlich enthalten die Übergangsregelungen des Ersten GlüÄndStV weitere Bevorzungen der bereits jetzt tätigen staatlichen Anbieter und ihres Vertriebssystems, die nicht ohne weiteres zu rechtfertigen sein können (vgl. § 29 GlüStV n. F.).

Festzuhalten ist damit, dass mit dem vorgelegten Ersten GlüÄndStV die bestehende Unionsrechtswidrigkeit des GlüStV nicht beseitigt wird. Vor allem mangelt es der deutschen Glücksspielregulierung im Hinblick auf die großen Lotterien und die Sportwetten, bei denen mittels eines staatlichen Monopols bzw. einer Experimentierklausel de facto alle privaten Veranstalter ausgeschlossen werden, an der unionsrechtlich gebotenen Kohärenz und Systematik bei der Verfolgung der Regulierungsziele, insbesondere der Suchtbekämpfung und Schwarzmarkteindämmung.

¹⁷ EuGH, verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, Rn. 100, 106 f. – Markus Stoß.

¹⁸ Vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 24.11.2010 - 8 C 14/09 Rn. 51 f. unter Verweis auf BVerfG (K) NVwZ 2008, 1338, 1341.

D. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Neben den Vorgaben des Unionsrechts sind auch die Vorgaben des deutschen Verfassungsrechts zu beachten, soweit diese nicht durch vorrangiges Unionsrecht verdrängt werden.

I. Grundsätze der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen zur Glücksspielregulierung

Maßstäbe für die verfassungsrechtliche Prüfung der Glücksspielmonopole liefern hier vor allem der Schutz der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG und der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat die entsprechenden Vorgaben im Sportwetten-Urteil vom 28.03.2006 in Bezug auf Sportwetten konkretisiert.¹⁹ Die in diesem Urteil getroffenen Aussagen sind seitdem in zwei Kammerbeschlüssen vom 14.10.2008²⁰ und vom 20.03.2009²¹, in denen die Nichtannahme von Verfassungsbeschwerden ausgesprochen wurde, nicht weiter in Frage gestellt worden.

1. Berufsfreiheit, Art. 12 GG

Vom BVerfG werden Glücksspielmonopole wegen des vollständigen Ausschlusses privater Veranstalter grundsätzlich als objektive Berufswahlregelungen eingestuft.²² In der Rechtsprechung des BVerfG müssen objektive Berufswahlregelungen grundsätzlich zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zwingend geboten sein.²³ Diese Grundsätze werden vom BVerfG für den Bereich der Glücksspielregulierung allerdings durch einen spezifischen Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers relativiert. Dem Gesetzgeber kommt in Bezug sowohl auf die Legitimität der verfolgten Ziele als auch auf die Geeignetheit und die Erforderlichkeit der eingreifenden Maßnahmen im Bereich des Glücksspielwesens ein Einschätzungs- und Prognosevorrang²⁴ bzw. ein Beurteilungs- und Prognosespielraum²⁵ zu. Diesen Spielraum hat der Gesetzgeber nach Ansicht des Kammerbeschlusses vom 14.10.2008 bei der Prognose und Einschätzung der Gefahren erst überschritten, falls seine Erwägungen so offensichtlich fehlerhaft sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für die gesetzgeberische Maßnahme abgeben können.²⁶ Ein Spielraum besteht auch in Bezug auf die Geeignetheit und die Erforderlichkeit der Maßnahmen: Maßnahmen, die der

¹⁹ BVerfGE 115, 276 ff.

²⁰ BVerfG (K), NVwZ 2008, 1338 ff.

²¹ BVerfG (K), NVwZ 2009, 1221 ff.

²² So *Kolb*, Die Veranstaltung von Glücksspielen, 2009, S. 100 f. In diese Richtung auch deutlich BVerfG (K), NVwZ 2008, 1338, 1340.

²³ BVerfGE 7, 377, 408; 11, 168, 183; 25, 1, 11; 40, 196, 218; 75, 284, 296; 84, 133, 151; 85, 360, 374; 97, 12, 32; 102, 197, 214 f.

²⁴ BVerfGE 115, 276, 308.

²⁵ BVerfGE 115, 276, 309; BVerfG (K), NVwZ 2008, 1338, 1340, 1342 (Rn. 30, 44).

²⁶ BVerfG (K), NVwZ 2008, 1338, 1340 (Rn. 30) m.N.

Gesetzgeber zum Schutz der Abwendung der Gefahren, die mit dem Veranstellen und dem Vermitteln von Glücksspielen verbunden sind, für erforderlich hält, sind nur dann verfassungswidrig, falls nach den dem Gesetzgeber bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisher gemachten Erfahrungen feststellbar ist, dass Alternativen zur Verfügung stehen, die zwar die gleiche Wirksamkeit versprechen, aber die Betroffenen weniger belasten.²⁷

Auf der Grundlage der aufgezeigten Maßstäbe hat das BVerfG z.B. anerkannt, dass das Ziel der Bekämpfung der Spielsucht²⁸ die Monopolisierung bestimmter Glücksspiele beim Staat grundsätzlich rechtfertigen kann. Dem steht prinzipiell auch nicht entgegen, dass die Suchtgefahren der monopolisierten Glücksspiele im Vergleich zu den nicht monopolisierten Glücksspielen zum Teil deutlich geringer ausfallen. Denn dem Gesetzgeber steht im Bereich des Glücksspielwesens der soeben dargelegte Einschätzungs- und Prognosevorrang²⁹ bzw. Beurteilungs- und Prognosespielraum³⁰ zu, weshalb alleine ein geringeres Suchtpotential der monopolisierten Glücksspiele die Legitimität dieses verfolgten Zieles nicht in Frage stellt. Es genügt, daß der Gesetzgeber davon ausgehen kann, dass auch die monopolisierten Glücksspiele in Abhängigkeit von den jeweiligen Veranstaltungsmerkmalen suchttypische Entwicklungsverläufe nehmen können, und dass eine Ausweitung des Glücksspielangebotes die bereits gegebene Suchtgefahr vergrößern wird.³¹

Entsprechendes gilt für das Gebot des mildesten Mittels. Zwar ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, der Folge- und Begleitkriminalität durch rechtliche Anforderungen an die Angebote privater Wettunternehmer entgegenzuwirken, deren Einhaltung durch Genehmigungsvorbehalte und behördliche Kontrollen sichergestellt werden kann.³² Das BVerfG nimmt allerdings auch in Bezug auf die Geeignetheit und die Erforderlichkeit der eingreifenden Maßnahmen einen Beurteilungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers an. Danach können Maßnahmen, die der Gesetzgeber zum Schutz der Abwendung der Gefahren, die mit dem Veranstellen und dem Vermitteln von Glücksspielen verbunden sind, für erforderlich hält, nur beanstandet werden, falls feststellbar ist, dass Alternativen zur Verfügung stehen, die zwar die gleiche Wirksamkeit versprechen, aber die Betroffenen weniger belasten.³³ Dies hat das BVerfG im Sportwettenurteil für ein auf Suchtgefahren gestütztes Glücksspielmonopol verneint und festgestellt, dass der Gesetzgeber hinsichtlich der Suchtgefahren angesichts seines Beurteilungsspielraums davon ausgehen durfte, dass diese Gefahren mit Hilfe eines auf die Bekämpfung von Sucht und problematischem Spielverhalten ausgerichteten Wettmonopols mit staatlich verantwortetem Wettangebot effektiver beherrscht werden können als im Wege der Kontrolle privater Wettunternehmer.³⁴

²⁷ BVerfGE 115, 276, 309; BVerfG (K), NVwZ 2008, 1338, 1342 (Rn. 44).

²⁸ BVerfGE 115, 276, 304 f.; BVerfG (K), NVwZ 2008, 1338, 1340 .

²⁹ BVerfGE 115, 276, 308.

³⁰ BVerfGE 115, 276, 309; BVerfG (K), NVwZ 2008, 1338, 1340, 1342 (Rn. 30, 44).

³¹ BVerfG (K), NVwZ 2008, 1338, 1340 (Rn. 30) m.N.

³² BVerfGE 115, 276, 309.

³³ BVerfGE 115, 276, 309; BVerfG (K), NVwZ 2008, 1338, 1342 (Rn. 44).

³⁴ BVerfGE 115, 276, 309.

Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers wird zwar durch das Gebot der Regelungskonsistenz begrenzt. Danach kann eine die Berufsfreiheit beschränkende Regelung nur verhältnismäßig sein, falls sie konsequent an dem mit ihr verfolgten Ziel ausgerichtet ist.³⁵ Ein Glücksspielmonopol, das der Abwehr von Suchtgefahren dient, ist danach unverhältnismäßig, falls keine ausreichenden Regelungen getroffen werden, die sicherstellen, dass das Monopol auch tatsächlich diesem Ziel dient. Gefordert wird eine Konsistenz³⁶ zwischen dem verfolgten Ziel, das den Eingriff der Monopolisierung rechtfertigen soll, und der tatsächlichen Ausrichtung des Monopols. Einschränkungen der Berufsfreiheit aus Gründen der Bekämpfung der Spielsucht sind deshalb nur verhältnismäßig, falls der Gesetzgeber durch entsprechende Vorgaben auch für eine konsequente Beschränkung der Angebote und Anreize zum Glücksspiel sorgt.³⁷

Aus der Anforderung einer konsequenten bzw. konsistenten Zielausrichtung folgt aber nicht, dass alleine eine gleichmäßig intensiv am Ziel der Glücksspielregulierung orientierte Beschränkung aller Glücksspiele verhältnismäßig ist. Denn nach Ansicht des Kammerbeschlusses vom 20.03.2009 kommt es für die Vereinbarkeit eines staatlichen Glücksspielmonopols mit Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht auf eine Kohärenz und Systematik des gesamten Glücksspielsektors an.³⁸ Dem Konsistenzgebot kann danach nicht nur durch ein Glücksspielmonopol genüge getan werden, dessen Ausgestaltung sicherstellt, dass es wirklich der Suchtbekämpfung dient, sondern auch durch eine gesetzlich normierte und kontrollierte Zulassung privater Wettunternehmen.³⁹ Nötig ist nur eine konsequente und konsistente Ausgestaltung der Regulierung der jeweiligen Glücksspielform, deren Angebot aus ordnungsrechtlichen Gründen beim Staat monopolisiert ist.⁴⁰

2. Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG

Neben Art. 12 Abs. 1 GG sind die Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 GG zu beachten. Der allgemeine Gleichheitssatz verbietet, wesentlich Gleiches ungleich, und gebietet, wesentlich Ungleiches seiner Eigenart entsprechend ungleich zu behandeln. Der allgemeine Gleichheitssatz steht zwar einer unterschiedlichen Behandlung verschiedener Glücksspielformen und -arten nicht prinzipiell entgegen, denn zunächst bindet der Gleichheitssatz bei der Normsetzung grundsätzlich nur den jeweiligen Normsetzer. Den Gesetzgebern des Bundes und der Länder steht es deshalb im Rahmen ihrer Kompetenzen frei, eigene Regulierungssysteme zu konzipieren, ohne dabei an die Konzepte eines anderen Gesetzgebers gebunden zu sein.⁴¹ Innerhalb des Zuständigkeitsbereiches eines Gesetzgebers ist der Gleichheitssatz für unterschiedliche Regulierungen der verschiedenen Glücksspielformen und -arten aber

³⁵ BVerfGE 115, 276, 310 f., 318.

³⁶ BVerfGE 115, 276, 319.

³⁷ BVerfGE 115, 276, 310.

³⁸ BVerfG (K), NVwZ 2009, 1221, 1223 (Rn. 17).

³⁹ BVerfGE 115, 276, 317.

⁴⁰ BVerfG (K), NVwZ 2009, 1221, 1223 (Rn. 17).

⁴¹ *Dietlein*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hrsg.), Glücksspielrecht, 2008, Art. 3 GG Rn. 2 ff.; *Dietlein*, ZfWG 2010, 159, 162 f.

grundsätzlich einschlägig; die gleichheitsrechtlichen Anforderungen entsprechen dabei denen des berufsgrundrechtlichen Konsistenzgebotes.

II. Folgen für den Ersten GlüÄndStV

1. Die Konzessionsregelung für Veranstaltung von Sportwetten und Lotterieveranstaltungsmonopol stellen objektive Berufswahlregelungen dar

Der Erste GlüÄndStV ändert die Rechtslage vor allem in Bezug auf die Veranstaltung Sportwetten, bei denen an die Stelle eines staatlichen Monopols die Öffnung für maximal sieben private Konzessionsnehmer tritt (vgl. §§ 4a-d, 10a GlüStV n.F.). Wegen der Beschränkung auf eine feste Zahl ist die Erlaubnis zum Veranstalten von Sportwetten von objektiven Kriterien und Voraussetzungen abhängig, auf die der einzelne Private keinen Einfluß hat; sind alle Konzessionen vergeben, werden weitere Bewerber ohne Rücksicht auf ihre Qualifikationen zurückgewiesen. Die im Ersten GlüÄndStV vorgeschlagene Regelung stellt sich deshalb gleichfalls als eine objektive Berufswahlregelung dar, die im Grundsatz den zuvor zur derzeitigen Rechtslage dargestellten Voraussetzungen genügen muß, um verfassungsgemäß zu sein.

Das beibehaltene Lotterieveranstaltungsmonopol unterliegt ebenfalls den höchsten Rechtfertigungsanforderungen für objektive Berufswahlregelungen; insoweit ändert sich die verfassungsrechtliche Bewertung der Glücksspielregulierung prinzipiell nicht.

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die Begrenzung der Anzahl der Sportwettkonzessionen problematisch

Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung für die objektive Berufswahlregelung, die in der Limitierung der Zahl der Sportwettkonzessionen auf maximal sieben zu erblicken ist, ist problematisch.

Das Ziel der Eindämmung des Schwarzmarktes vermag die Limitierung nicht zu rechtfertigen, da für dieses Ziel ein möglichst großes und attraktives legales Angebot bereitzustellen ist. Die Beschränkung der Konzessionsanzahl wird aber im Zusammenspiel mit den weiteren vorgegebenen Restriktionen für die konzessionierten Sportwettanbieter, wie etwa der zu unattraktiven Wettquoten zwingenden (da sonst für private Anbieter erdrosselnd wirkenden) Konzessionsabgabe, den Einsatzlimits und dem weitgehenden Verbot von Live-Wetten, im Vergleich zu den Konkurrenten auf dem Schwarzmarkt zu nicht kompensierbaren Wettbewerbschürden führen mit der Folge, dass der Marktanteil der Konzessionäre (wie für Oddset unter dem bestehenden staatlichen Sportwettmonopol) verschwindend gering sein wird. Auf diese Weise wird schon mangels einer signifikanten Regulierungsquote das Ziel der Schwarzmarkteindämmung nicht erreicht werden können.

Das Ziel der Suchtbekämpfung kann zwar grundsätzlich geeignet sein, Restriktionen des Glücksspielangebotes zu rechtfertigen sowie Öffnungen eines Staatsmonopols für private Anbieter zunächst nur für eine Probezeit zuzulassen, um dann aufgrund der in der Probezeit gewonnenen Erfahrungen eine erneute Entscheidung zu treffen. Die entsprechenden Restriktionen können möglicherweise auch mit einer festen Konzessionsanzahl verfolgt werden. Allerdings muß die Zahl der Konzessionen dann am zu erreichenden Ziel ausgerichtet sein. Dem entsprechend sind Kontingentierungen mit festen Zahlen bzw. Obergrenzen dann zu rechtfertigen, wenn sie der Verteilung eines knappen Gutes dienen, oder wenn sie sicherstellen, daß nicht ein über den Bedarf hinausgehendes Angebot bereitgestellt wird, was nachteilige Folgen haben könnte. In diesen Konstellationen muß die Kontingentierung bzw. Obergrenze aber jeweils auf das mit ihr verfolgte Ziel ausgerichtet sein, um rechtmäßig zu sein. An dieser Ausrichtung fehlt es aber hier, denn im Rahmen der bislang geführten Diskussion und der entsprechenden Regelungsgründe ist auch nicht im Ansatz ersichtlich, daß und wie die Festlegung der Anzahl der zu vergebenden Konzessionen auf sieben mit dem Ziel der Bekämpfung der Suchtgefahr in einem bestimmten Zusammenhang steht, der diese Festlegung rechtfertigt.

Schließlich zeigt das Beispiel des Glücksspielgesetzentwurfs Schleswig-Holsteins, dass zur Erreichung der Regulierungsziele jedenfalls ein milderer Mittel, nämlich eine nicht im Vorhinein zahlenmäßig begrenzte kontrollierte Zulassung von (privaten) Anbietern, existiert. Falls dieser Ansatz zur Erreichung der Regelungsziele sich als gleich gut geeignet erweist, ist die Begrenzung der Konzessionenzahl auf sieben auch nicht erforderlich.

3. Rechtfertigung des Lotterieveranstaltungsmonopols fraglich

In Bezug auf das im Ersten GlüÄndStV beibehaltene und für das Internet sowie ein grenzüberschreitendes Angebot geöffnete Lotterieveranstaltungsmonopol (vgl. §§ 10 Abs. 2, 4 Abs. 5 GlüStV n. F.) ist zu berücksichtigen, daß bereits gegen das Lotterieveranstaltungsmonopol im aktuellen GlüStV in der Literatur erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken vorgetragen werden. Grund für diese Bedenken ist die Tatsache, daß eine Reihe aktueller Untersuchungen des Suchtpotentials von Glücksspielen zeigen, daß das derzeit in der Form eines Staatsmonopols am stärksten beschränkte Glücksspiel, die Lotterie, das geringste Suchtpotential hat, wogegen die privaten Veranstalter offen stehende Geldspielautomaten eines der höchsten Suchtpotentiale hat; Suchtgefahren und vergleichbare Probleme, die von Glücksspielen ausgehen, liegen bei Lotterien um ein vielfaches niedriger als bei Gewinnspielgeräten oder Roulettespielen in Spielbanken.⁴² Die eindeutig zunehmende Erkenntnis, dass das Suchtpotential von Lotterien sehr gering ist, lässt es zweifelhaft erscheinen, ob in Zukunft ein Lotteriemonopol auf das Ziel der Bekämpfung der Suchtgefahr gestützt werden kann.

⁴² Schweizerisches Institut für Rechtsvergleichung (Hrsg.), *International vergleichende Analyse des Glücksspielwesens*, 2009, insbes. S. 44, 209; *Becker*, *Glücksspielsucht in Deutschland - Prävalenz bei verschiedenen Glücksspielformen*, 2009, insbes. S. 57, 68; *Becker*, *ZfWG* 2009, 1, 6; *Becker*, *Konzept für die Zukunft des Glücksspielwesens in Deutschland*, 2010, S. 4.

Dementsprechend wird in der aktuellen rechtswissenschaftlichen Literatur nahezu durchweg davon ausgegangen, dass die Begründung eines Lotterieveranstaltungsmonopols vor allem mit der Abwehr von Spielsucht bereits jetzt kaum noch oder nicht mehr möglich ist.⁴³ Ob ein mit der Abwehr von Spielsucht begründetes Lotterieveranstaltungsmonopol aufgrund der inzwischen verfestigten wissenschaftlichen Erkenntnisse zur – wenn überhaupt – nur äußerst geringen Suchtgefahr bei Lotterien einer intensiven verfassungsgerichtlichen Nachprüfung noch standhalten wird, ist daher bereits jetzt zweifelhaft. Die neuen Erkenntnisse über die realen Suchtgefahren von Glücksspielen können aber nicht nur dazu führen, daß bereits der derzeit aktuelle GlüStV insoweit verfassungswidrig geworden ist; diese Kenntnisse sind erst recht bei der Änderung des GlüStV zu berücksichtigen.

Den entsprechenden manifesten Bedenken soll zwar nun dadurch Rechnung getragen werden, daß neben das Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahr weitere, gleichrangige Regulierungsziele, wie etwa das Ziel der Schwarzmarkteindämmung, treten. Diese Überlegungen ändern aber nichts daran, daß die Rechtfertigung des Lotterieveranstaltungsmonopols aus Gründen der Suchtgefahr zweifelhaft war und dies auch so bleibt. Da die Suchtgefahr weiterhin als Regulierungsziel aufrecht erhalten wird, muss sich das Lotterieveranstaltungsmonopol auch an diesem Ziel verfassungsrechtlich messen lassen.

Das Ziel der Eindämmung des Schwarzmarktes scheidet im Bereich der großen Lotterien offensichtlich zur Rechtfertigung des Lotterieveranstaltungsmonopols aus. Das zum Ausschluss privater Veranstalter an sich taugliche Ziel der Manipulationsbekämpfung wird ausdrücklich nur als gleichrangiges Ziel neben den anderen Zielen des Ersten GlüÄndStV aufgeführt, beansprucht also gerade keinen Vorrang gegenüber den anderen Zielen. Dementsprechend kann die verfassungsrechtliche Überprüfung auch nicht entgegen dem Willen des Gesetzgebers die Rechtfertigungsprüfung unter Ausklammerung der übrigen Ziele vornehmen. Mithin bestehen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Lotterieveranstaltungsmonopol des Ersten GlüÄndStV.

4. Nötige Beschränkung des Geldautomatenspiels verfassungsrechtlich problematisch

a) unionsrechtliche Kohärenz erfordert massive Beschränkungen des Automatenspiels

Ein weiteres verfassungsrechtliches Problem ergibt sich aus dem Verhältnis zwischen Sportwetten und Geldautomatenspiel. Wie oben unter C. II. 1. herausgearbeitet, muß der Gesetzgeber zur Vermeidung einer unionsrechtlichen Inkohärenz zwischen Lotterien, Sportwetten und Geldautomatenspiel eine Regulierung schaffen, die den Suchtgefahren dieser Glücksspielarten entspricht, also entweder die Lotterien und die Sportwetten den privaten Veranstaltern weiter öffnen, oder das Geldautomatenspiel erheblich beschränken.

⁴³ Dazu nur *Nagel*, DÖV 2010, 268 ff.; *Hilf/Ploeckl*, EuZW 2010, 694, 695; *Jarass*, Verfassungs- und europarechtliche Fragen des Lotteriemonopols, Gutachten, FOE 2010, S. 29 f.; *Bumke*, Der Staat 49 (2010), 77, 83 f.; jew. m.w.N.

Die bislang diskutierten Änderungen im Bereich des Geldautomatenspiels genügen aber nach den oben unter C. II. 1. ausgeführten Gründen nicht, die Attraktivität des Geldautomatenspiels so weit zu reduzieren, daß die verbleibende Suchtgefahr dem der Sportwetten entsprechen wird. Allein weitere, massive Beschränkungen des Geldautomatenspiels wären geeignet, die nötige Kohärenz und Konsistenz herzustellen.

b) verfassungsrechtliche Rechtfertigung dieser Beschränkungen problematisch

Zudem wären solche Beschränkungen verfassungsrechtlich problematisch, denn sie greifen intensiv sowohl in die durch Art. 12 GG geschützten ausgeübten Berufstätigkeiten als auch in die durch Art. 14 GG geschützten Eigentumsrechte eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetriebe ein. Ob diese Eingriffe jeweils gerechtfertigt werden können, ist fraglich. Eine genauere Prüfung kann zwar nur anhand der künftigen konkreten Regelungen vorgenommen werden, weshalb eine Verbindlichkeit beanspruchende Beurteilung vorbehalten bleiben muss, bis ein entsprechender Entwurf vorliegt. Die derzeit diskutierten bzw. absehbaren Änderungen können aber bereits einer summarischen Prüfung unterzogen werden.

Dabei ist zu betonen, dass das BVerfG bei Eingriffen in Art. 14 GG regelmäßig eine im Vergleich zu Art. 12 Abs. 1 GG strengere Prüfung durchführt, die höhere Rechtfertigungsanforderungen enthält. Eingriffe in das verfassungsrechtlich geschützte Eigentum erfordern einen rechtfertigenden Grund, der mit den legitimen Interessen des Eigentümers abzuwägen ist. Dabei sind die Anforderungen an die Rechtfertigung umso höher, je mehr die betroffenen Eigentümerbefugnisse Ausdruck der Individualentfaltung des Eigentümers sind und je geringer das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht.⁴⁴

Es ist zu berücksichtigen, dass ein gewerblicher Glücksspielanbieter (bzw. der Betreiber von Geldspielautomaten und von Spielhallen) auf das Automatenglücksspiel als Grundlage seiner beruflichen Tätigkeit und seines Gewerbebetriebes zentral angewiesen, mithin Eigentümer eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ist. Restriktionen, wie sie im Ersten GlüÄndStV und in der angedachten Novelle der SpielV vorgesehen sind, würden die sinnvollen privatnützigen Verwendungsarten des entsprechenden Betriebes ganz erheblich einschränken. Diese Überlegungen legen nahe, dass die Ausweitung der staatlichen Monopole auf Glücksspiele, die bislang privaten Betreibern offen stehen, einen massiven Eingriff in Art. 14 GG darstellt.

Unter Zugrundelegung der vom BVerfG entwickelten Voraussetzungen und Grenzen für Eingriffe in das Eigentum wäre eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung entsprechender neuer Restriktionen für das gewerbliche Geldautomatenglücksspiel nur bei Gewährung entsprechender Übergangsfristen, grundsätzlich aber nicht mittels Gewährung finanzieller Ausgleichszahlungen zulässig. Während die Einräumung von Übergangsfristen den

⁴⁴ Dazu näher BVerfGE 50, 290, 339 ff.; 68, 361, 368; 79, 292, 302.

unionsrechtswidrigen Zustand nicht beseitigen, sondern perpetuieren würde und daher als Option ausscheiden muss, steht einer Rechtfertigung des Eingriffs in Art. 14 GG (auch bei der Gewährung von Ausgleichszahlungen) im Übrigen in jedem Fall die mangelnde Erforderlichkeit der Restriktionen entgegen: Der unionsrechtlichen Anforderung einer kohärenten und systematischen Glücksspielregulierung kann dadurch entsprochen werden, dass der Gesetzgeber das Veranlassen von Sportwetten für Private weiter öffnet und auf diesem Weg Inkohärenzen zwischen Sportwetten und Geldautomatenspiel vermeidet. Entscheidet sich der Gesetzgeber angesichts dieser Alternative dennoch für eine Zunahme der Beschränkungen des Geldautomatenspiels, können die entsprechenden Einschränkungen grundrechtlicher Freiheiten folglich nicht mit dem Vorrang des Unionsrechts gerechtfertigt werden.

5. Problematische Ungleichbehandlung im Landesrecht möglich

Schließlich kann eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 GG entstehen, falls infolge der Regelung in § 27 Abs. 2 GlüStV n. F. in einem Bundesland das Veranlassen und Vermitteln von nach dem RWLG erlaubten Pferdewetten im Internet einer unbeschränkten Anzahl von Anbietern erlaubt wird, während für die sonstigen Sportwetten die Anbieterzahl (von vornherein, und damit auch für das Internetangebot) auf maximal sieben begrenzt wird. Diese Ungleichbehandlung wird nicht durch die bundesrechtliche Regelung des RWLG, sondern unmittelbar durch den von den Ländern verantworteten Ersten GlüÄndStV bewirkt. Soweit es für diese Ungleichbehandlung keinen sachlichen Grund gibt, ist der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt (auf die Ausführungen oben unter C. II. 6. kann entsprechend verwiesen werden).

E. Zusammenfassung der Ergebnisse

Nachdem der Europäische Gerichtshof (EuGH) mit drei Entscheidungen vom 08.09.2010 (Markus Stoß, Carmen Media, Winner Wetten) inhaltlich das derzeitige Regelungsregime für nicht mit europarechtlichen Vorgaben vereinbar erklärt hat, ist der deutsche Gesetzgeber aufgerufen, eine Neuregulierung zu schaffen, die verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Vorgaben genügt. Der derzeit im Entwurf vorliegende Erste GlüÄndStV genügt diesen Anforderungen aus mehreren Gründen nicht.

Während für Sportwetten maximal sieben Konzessionen vorgesehen sind, ist das gewerbliche Geldautomatenspiel für eine unbeschränkte Zahl privater Veranstalter offen. Dies ist aus der Sicht des Unionsrechts inkohärent.

Ebenfalls als unionsrechtlich inkohärent zu bewerten ist es, dass Pferdewetten im Vergleich zu sonstigen Sportwetten unbegrenzt privaten Anbietern zugänglich sind.

Mit der Ausweitung des staatlich monopolisierten Lotterieveranstaltungen sowie des Spielbankenangebots auf das Internet wird das Regulierungsziel der Spielsuchtbekämpfung nicht in der unionsrechtlich gebotenen Weise systematisch und kohärent verfolgt.

Der Entwurf eines Glücksspielgesetzes aus Schleswig-Holstein, der eine weitergehende Liberalisierung im Bereich der Sportwetten vorsieht, stellt die rechtliche Erforderlichkeit der restriktiven Experimentierklausel für Sportwetten im Ersten GlüÄndStV in Frage; auch dies kann zur unionsrechtlichen Inkohärenz führen.

Die Beschränkung auf eine feste Anzahl von Sportwettkonzessionen ist voraussichtlich weder geeignet noch erforderlich, um den Zielen des Staatsvertrags gerecht zu werden; die Experimentierklausel ist daher unverhältnismäßig.

Das Ziel der Schwarzmarkt看ämpfung ist bei einer Zulassung von nur sieben Sportwettveranstaltern bei gleichzeitiger Festlegung von monatlichen Einsatzhöchstgrenzen von 750 Euro und einer Konzessionsabgabe in Höhe von 16,66 % der Spieleinsätze nicht zu erreichen. Diese Einschränkungen haben vielmehr auf private Anbieter eine erdrosselnde und prohibitive Wirkung und sind daher nicht zu rechtfertigen.

Es bestehen rechtliche Bedenken hinsichtlich der Höhe der Konzessionsabgabe. Diese führt dazu, dass *de facto* das Sportwettenmonopol aufrecht erhalten bleibt. Zudem sind die Auswahlkriterien für die Vergabe einer Konzession so gefasst, dass sie zumindest mittelbar diskriminierend sein dürften. Auch die Übergangsregelungen bevorzugen staatliche Anbieter ohne hinreichende Rechtfertigung.

Das vom Ersten GlüÄndStV neu definierte Ziel des Schutzes der Integrität des sportlichen Wettbewerbs wird durch eine Begrenzung der Anbieterzahl für Sportwetten nicht gefördert. Die Gefahren für die Integrität des sportlichen Wettbewerbs gehen typischerweise nicht von Wettveranstaltern, sondern von Wettteilnehmern aus.

Prof. Dr. Bernd Grzeszick, LL.M.