

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

Landtag Nordrhein-Westfalen
Referat I.1/A 05
Postfach 10 11 43
40002 Düsseldorf

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
16/39

Alle Abg

**Lehrstuhl für Öffentliches
Recht und Verwaltungslehre
Zentrum für Informationsrecht**

Univ.-Prof. Dr. iur. J. Dietlein
Universitätsstraße 1
40225 Düsseldorf

Telefon: (0211) 81-11420
Telefax: (0211) 81-11455
E-Mail: dietlein@hhu.de

Düsseldorf, 23.08.2012

Stellungnahme zur Vorbereitung der Öffentlichen Anhörung des Hauptausschusses und des Aus- schusses für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landtages Nordrhein-Westfalen

I. Grundsätzliche rechtliche und wirtschaftliche Einschät- zung

**Frage 1: Wie wahrscheinlich ist es, dass die deutsche Regulierung
gegen die Freizügigkeit in der EU Bestand haben kann?**

Die Restriktionen des GlüÄndStV müssen den europäischen Grundfreiheiten genügen. Dies ist für jede beschränkende Maßnahme gesondert zu prüfen.

Im Hinblick auf die zentralen Weichenstellungen (Lotteriemonopol / Kontingentierung von Sportwettenkonzessionen) nimmt dabei der unionsrechtliche Kohärenzgrundsatz eine zentrale Bedeutung ein, der sowohl eine vertikale als auch eine horizontale Komponente enthält. Letztere ist nach hiesiger Auffassung so zu interpretieren, dass sektorspezifische Regulierungen durchaus auch weiterhin legitim sind, die Legitimation von beschränkenden Maßnahmen aber dann

entfällt, wenn die sektorspezifischen Regulierungsziele infolge konfligierender Regelungen in gefahrenträchtigeren Bereichen des Glücksspiels nicht erreicht werden können. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn Spieler infolge einer scharfen Regulierung weniger riskanter Spielformen in gefährlichere, indes weniger scharf regulierte Spielformen abwandern (s. Hecker, DVBl. 2011, 1130 ff.).

- Soweit es um das Verhältnis zwischen der Sportwettenregulierung sowie der Regulierung des gewerblichen Automatenspiels geht, hat die nationale Rechtsprechung im Anschluss an die Grundsatzentscheidungen des EuGH vom 8.9.2010 vielfach eine derartige Inkohärenz angenommen. Die aus hiesiger Sicht maßgebliche Frage, ob das Regulierungsungleichgewicht tatsächlich zu einem der Zielerreichung entgegen stehenden „Ausweichverhalten“ seitens der Spieler führt, ist dabei bislang allerdings nicht näher untersucht worden. Erst in neueren Beschlüssen hat das BVerwG eine weitere Feinjustierung der konkreten Kohärenzanforderungen – namentlich im Hinblick auf das Erfordernis von „Wanderbewegungen“ - auf die Agenda gesetzt (z. B. Beschluss vom 16.2.2012, 8 B 91.11), wobei eine Entscheidung „in der Sache“ bislang aussteht.
- Unabhängig hiervon ergibt sich mit der Teilöffnung des Sportwettensektors sowie den spielhallenrechtlichen Regelungen des GlüÄndStV unzweifelhaft eine Abschwächung des bisherigen Regulierungsgefälles. Ob diese Anpassungen bereits für sich genommen die unionsrechtliche Problematik vollständig lösen, ist heute nicht abschließend zu beantworten. Auffallend ist, dass sich die EU-Kommission erst nach einer Anpassung auch der bundesrechtlichen Regelungen in der Lage sieht, über die Kohärenz der deutschen Regulierung zu befinden (Abschnitt 2.10 der Stellungnahme).

- Insofern steht der Bund – unabhängig von der gegenwärtigen Diskussion um eine präzise Konturierung der Kohärenzanforderungen – schon unionsrechtlich in der Pflicht, die von ihm angekündigte Überarbeitung des gewerblichen Automatenspiels bzw. der SpielVO zügig zu realisieren.

- Schlussendlich wird als Folge der sportwettenrechtlichen Experimentierklausel nunmehr auch die Frage nach der Vereinbarkeit des verbliebenen Lotterieveranstaltermonopols mit einem teilliberalisierten Sportwettenmarkt aufgeworfen (Gebhardt/Postel, ZfWG 2012, 1, 6). Soweit der Gesetzgeber neuerdings neben der Suchtprävention auch auf besondere Kriminalitätsgefahren speziell großer Lotterien verweist, wird bereits letztgenannter Aspekt im Schrifttum überwiegend als hinreichend tragfähig für die Errichtung des Staatsmonopols erachtet. Eine gesicherte Rechtsprechung existiert insoweit freilich bislang nicht. Angesichts der Unsicherheiten in der Konturierung des Kohärenzgrundsatzes (s. o.) dürften insoweit Rechtsstreitigkeiten um die Zulässigkeit des Lotteriemonopols vorprogrammiert sein.

Frage 2: Wie bewerten Sie den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag und den Entwurf des nordrheinwestfälischen Ausführungsgesetzes allgemein? Was bedeutet aus Ihrer Sicht die Novellierung des Glücksspielrechts?

Das koordinierte Vorgehen der Länder bei der Regulierung des Glücksspiels ist uneingeschränkt zu begrüßen. Landesstaatliche Alleingänge stellten die Umsetzung gesetzlicher Beschränkungen vor nahezu unlösbare Probleme (z. B. Online-Angebote). Zudem führte ein Auseinanderdriften der Landesregulierungen auch zu neuen unionsrechtlichen Streitfragen (Stichwort: „territoriale“ Reichweite des Kohärenzgrundsatzes), in deren Folge sich der Bund veranlasst se-

hen könnte, die Gesetzgebung im Bereich der Glücksspiele an sich zu ziehen.

Positiv zu bewerten ist auch das Bestreben, die Regulierung der unterschiedlichen Glücksspielsektoren insgesamt stärker zu koordinieren und zu integrieren. Die kompetenzielle Zersplitterung der Gesetzgebungszuständigkeiten bleibt allerdings nach wie vor ein Hemmschuh für eine Regulierung „aus einem Guss“. Dies gilt namentlich mit Blick auf das gewerbliche Spielrecht. So wird etwa mit den Spielhallen nicht eine konkrete „Glücksspielform“ im GlüÄndStV reguliert, sondern lediglich eine bestimmte, immerhin aber besonders gefahrenträchtige Form des Angebotes von Glücksspielen nach § 33 c GewO. Fachlich vorzugswürdig wäre die Schaffung einer einheitlichen landesstaatlichen Gesetzgebungskompetenz für das Glücksspiel.

Neu ist die Konzessionierung im Wettbewerb miteinander stehender privater Sportwettenanbieter in die Realisierung der sucht- und kriminalpräventiven Ziele. Diese Idee birgt nicht unerhebliche Risiken in sich.

- Fraglich erscheint zumal, ob von der Begrenzung der Anbieterzahl eine Dämpfung spielanheizender Effekte erwartet werden darf (hierzu unten VIII. Frage 8).
- Auch ist damit zu rechnen, dass das verbleibende Lotterieveranstaltungsmonopol mit Blick auf die Teilöffnung des Sportwettenmarktes in Frage gestellt werden wird (oben zu Frage 1).

Frage 3: Wie ist die Verfassungsmäßigkeit der vorliegenden Regelung zu bewerten?

Das BVerfG räumt dem Gesetzgeber im Bereich des Glücksspiels traditionell einen weiten Prognosespielraum ein. Zudem hat das Gericht das Rechtfertigungsniveau für Eingriff in die Berufsfreiheit im

Bereich Glücksspiel mehrfach zusätzlich abgesenkt (hierzu Dietlein, in: ders./Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2008, Art. 12 GG Rz. 7 f.).

- Immerhin aber ist darauf hinzuweisen, dass das BVerfG im Grundsatzurteil vom 28.3.2006 die damaligen Einschätzung des Gesetzgebers geteilt hat, dass eine *„Marktöffnung aufgrund des dann entstehenden Wettbewerbs zu einer erheblichen Ausweitung von Wettangeboten und diese Ausweitung auch zu einer Zunahme von problematischem und suchtbeflügeltem Verhalten führen würde“* (BVerfG, Urt. vom 28.3.2006, Az. 1 BvR 1054/01, Abs.-Nr. 113). Mit Blick auf den weiten Prognosespielraum des Gesetzgebers wird es indes die nunmehrige modifizierende Einschätzung des Gesetzgebers, dass die dosierte Zulassung privater Anbieter im Rahmen eines Experiments das Schutzkonzept nicht aushöhle, aller Voraussicht nach ebenfalls akzeptieren.

- Anders als der EuGH hat sich das BVerfG bislang auch im Hinblick auf die Gesamtstimmigkeit der Glücksspielregulierung besondere Zurückhaltung auferlegt. In einem Kammerbeschluss vom 20.3.2009 heißt es hierzu: *„Das Sportwetten-Urteil ... lässt ausreichend deutlich erkennen, dass es aus verfassungsrechtlicher Sicht auf eine „Kohärenz und Systematik“ des gesamten Glücksspielsektors einschließlich des ... Automatenspiels ... nicht ankommt“* (BVerfG, ZfWG 2009, 99, 101, Rn. 17). Vor diesem Hintergrund erscheinen die konzeptionellen Unterschiede in den sektorspezifischen Regulierungen prima facie unschädlich.

- Allerdings bezog sich die geschilderte Zurückhaltung des BVerfG zunächst auf die Problematik der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Ländern, so dass nicht völlig ausgeschlossen werden kann, dass das BVerfG die in der Entscheidung vom 20.3.2009 an den Tag gelegte Zurückhaltung inner-

halb des landesgesetzlichen Zuständigkeitsrahmens nicht uneingeschränkt aufrecht erhält. Insoweit könnte dann die Regulierungsarithmetik im Verhältnis zwischen Sportwetten und Lotterien erneut zum Thema werden (hierzu oben zu Frage 1).

Frage 4: Wie beurteilen Sie die Europarechtskonformität des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages und dessen Umsetzung in dem Entwurf des nordrhein-westfälischen Ausführungsgesetzes? Sind insbesondere beide dazu geeignet, dem vom Europäischen Gerichtshof besonders betonten Kohärenzgebot zu entsprechen? (Ist bei den vorliegenden Regelungen eine Konformität mit EU-Vorgaben und EU-Recht gegeben? (Bitte begründen))?

Siehe Antwort zu Frage 1.

Frage 5: Erfüllt das zu unterzeichnende Gesetz die Anforderungen des europäischen Gerichtshofes hinsichtlich der konsequenten Bekämpfung der Spielsucht und der Sicherstellung der Berufsfreiheit?

Siehe Antwort zu Frage 1.

Frage 6: Ist die Detailed Opinion der Kommission als abschließendes „grünes Licht“ zu bewerten?

Das Notifizierungsverfahren nach der RL 98/34/EG zielt schon konzeptionell nicht auf eine umfassende Gesetzesprüfung. Zwar unterfällt der Notifizierungspflicht das betreffende Gesetz jeweils in seiner Gesamtheit (EuGH, Slg. 1997 I-4743 (Rn. 38-41) - *Kommission ./.* *Italien*). Die Prüfung der Kommission beschränkt sich aber – wie die auch Kommission betont - speziell auf die Vorschriften betreffend die Dienste der Informationsgesellschaft (ZfWG 2012, 171, 175). Die Feststellung der EU-Rechtskonformität eines notifizierten Entwurfs ist mit einer Stellungnahme der Kommission – wie die Kommission selbst ausführt (aaO.) - nicht verbunden und liegt in der Prüfungszuständigkeit der nationalen Gerichte.

Frage 8: Scheint Ihnen, dass allen Beteiligten klar ist, was unter den Begriff „Glücksspiel“ fällt, bzw. wie der Begriff „Glücksspiel“ definiert ist?

Der Glücksspielbegriff ist in der rechtlichen Diskussion (einschl. der gerichtlichen Praxis) umstritten, da der Wortlaut des § 3 Abs. 1 Satz 1 GlüÄndStV von der tradierten Auslegung des § 284 StGB abweicht („Entgelt“ statt „Einsatz“). Es spricht nach hiesiger Auffassung alles dafür, dass der ordnungsrechtlich motivierte GlüÄndStV eine breitere Reichweite anvisiert als das auf Sanktionierung gerichtete Strafrecht und daher sämtliche Spiele erfasst, bei denen für den Erhalt einer Gewinnchance ein Entgelt zu zahlen ist. Erfasst sind danach also auch Glücksspiele mit sog. „Teilnehmerentgelt“ oder mit einem Einsatz unterhalb der strafrechtlichen „Erheblichkeitsschwelle“, die mit Ansätzen von bis zu 50 € pro Spiel (so zuletzt etwa Dannecker/Pfaffendorf, NZWiSt 2012, 252) ohnehin unverhältnismäßig hoch angesetzt erscheint.

Im Übrigen weist der Glücksspielbegriff insoweit eine „wertende“ Komponente auf, als die Frage der Zufallsabhängigkeit von Spielergebnissen durchaus umstritten sein kann.

Frage 9: Ist Poker in der Variante Texas Holdem nach ihrer Einschätzung ein Glücksspiel? Sind diverse Börsen-Spekulationen ihrer Meinung nach ein Glücksspiel?

Poker ist nach bislang h. M. als Glücksspiel anzusehen. Da hierbei maßgeblich ist, ob das Spiel für den Durchschnittspieler überwiegend zufallsabhängig ist, erscheint diese Wertung nach hiesiger Auffassung zutreffend. Letztverbindlich entscheiden die Gerichte über die Einordnung der einzelnen Spielformen.

Indem der GlüÄndStV den „Spiel“-Charakter (§ 3 I 1 GlüÄndStV) voraussetzt, bleiben spekulative Geschäfte aus dem Bereich des Wirtschaftslebens (Börse) außen vor. Dies entspricht dem begrenzten Kompetenzrahmen der Länder.

Frage 11: Welche Auswirkungen hätte eine Ablehnung des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages aus Ihrer Sicht auf die künftigen Gestaltungsmöglichkeiten der Länder im Bereich des Glücksspielwesens?

Siehe Antwort zu Frage 2.

Frage 12: Könnten etwaige Mängel des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages im Wege der Vertragsänderung später beseitigt werden?

Die staatsvertraglichen Regelungen können auch innerhalb der vereinbarten Geltungsdauer (§ 35 II GlüÄndStV) im Wege der Vertragsänderung und anschließender Ratifikation geändert werden.

Frage 16: Sehen Sie bei dem Entwurf des Ausführungsgesetzes Verbesserungs- bzw. Änderungsbedarf? Wenn ja: wo?

Die Diskussion um die Grundkonzeption der Glücksspielregulierung in Deutschland kann an dieser Stelle nicht geführt werden.

Frage 18: Wird es durch die Kollision der Bestimmungen der landesgesetzlichen Bestimmungen zu den Spielhallen mit den weiterhin geltenden bundesrechtlichen gesetzlichen Regelungen zu grundsätzlichen rechtlichen Auseinandersetzungen kommen, die zu anhaltender Rechtsunsicherheit führen und damit den Zielen der beabsichtigten Gesetzgebung entgegenstehen?

Mit Blick auf die im Raume stehenden Umsatzpotentiale wird man von einer strikt am Spielerschutz ausgerichteten Regulierung des Glücksspiels eine Befriedungsfunktion nicht erwarten können. Den gegen entsprechende Regulierungskonzepte gerichteten Kommerzialisierungsdruck gilt es in einem demokratischen Gemeinwesen auszuhalten.

Im Übrigen gewährt Art. 19 Abs. 4 GG jedem Grundrechtsträger, und damit auch den kommerziellen Anbietern, das verfassungsmäßige Recht, eine gerichtliche Überprüfung staatlicher Regulierungsmaßnahmen einzuleiten.

Soweit Frage 18 das Vorliegen einer Kollision der Bestimmungen des GlüStV mit bundesrechtlichen Regelungen unterstellt, ist diese nicht erkennbar. Die Länder nehmen im Rahmen der Spielhallenregulierung ihre (neue) Kompetenz aus Art. 74 I Nr. 11 GG wahr und sind damit zur Ersetzung bundesrechtlicher Regelungen befugt. Ungeachtet der fortbestehenden gewerberechtlichen Regelungen dürfte auch die Grenze hin zu einer unzulässigen „Teilersetzung“ iS. des Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG noch nicht überschritten sein, da es bei den erfassten Spielhallen (§ 2 Abs. 3 GlüÄndStV) um einen sachlich abgegrenzten Teilbereich handelt.

II. Rechtliche Einzelfragen

Frage 1: Laut § 9 Absatz 1 des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages hat die Glücksspielaufsicht die Aufgabe, die Erfüllung der nach dem Staatsvertrag bestehenden oder auf Grund des Staatsvertrages begründeten öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen zu überwachen sowie darauf hinzuwirken, dass unerlaubtes Glücksspiel und die Werbung hierfür unterbleiben. Die zuständige Behörde des jeweiligen Landes kann dazu die erforderlichen Anordnungen im Einzelfall erlassen. In Absatz 2 heißt es ferner: „Widerspruch und Klage gegen diese Anordnungen haben keine aufschiebende Wirkung. Im Falle der Vollstreckung von Anordnungen nach Absatz 1 mittels Zwangsgeld soll dieses das wirtschaftliche Interesse, das der Pflichtige an der Vornahme oder am Unterbleiben der Handlung hat, erreichen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden.“ Wie bewerten Sie die Formulierung, dass das gesetzliche Höchstmaß überschritten werden kann?

Die Gesetzgebungskompetenz für Maßnahmen der Verwaltungsvollstreckung durch Ordnungsbehörden der Länder liegt bei den Ländern. Das Land NRW kann daher auch die Höhe von Zwangsgeldern regeln. Es unterliegt hierbei dem Vorbehalt des Gesetzes, dem Verhältnismäßigkeits- und dem Bestimmtheitsgrundsatz. Eine Anhebung

des im VwVG festgelegten Höchstmaßes erscheint unter Verhältnismäßigkeitsaspekten unproblematisch, da vermieden werden soll, dass infolge unzureichender Zwangsbefugnisse des Staates die gezielte Missachtung behördlicher Anordnungen ökonomisch günstiger erscheint als deren Beachtung.

Zu prüfen bleibt allein, ob die dynamische Begrenzung des Höchstmaßes auf „das wirtschaftliche Interesse, das der Pflichtige an der Vornahme oder am Unterbleiben der Handlung hat“, unter Bestimmtheitsaspekten hinnehmbar erscheint. Dies ist dann der Fall, wenn der Betroffene einschätzen kann, welches Zwangsgeld ihn im Einzelfall maximal erwartet. Bei vorläufiger Prüfung spricht alles dafür, dass den betroffenen Anbietern eine entsprechende Einschätzung durchaus möglich ist. Die verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen bleiben danach gewahrt.

Die Formulierung, dass das gesetzliche Höchstmaß „überschritten“ werden kann, ist sprachlich in der Tat missverständlich. Treffender wäre womöglich die Formulierung, dass sich das im allgemeinen Vollstreckungsrecht vorgesehene Höchstmaß, sofern es das wirtschaftliche Interesse im Sinne des Satzes 2 nicht erreicht, auf das entsprechende wirtschaftliche Interesse „erhöht“, das der Pflichtige an der Vornahme oder am Unterbleiben der Handlung hat.

Frage 2: In § 13 Absatz 3 Satz 1 und 2 des Entwurfes des Landesausführungsgesetzes heißt es zur Vermittlung von Sportwetten: „Zahl, Einzugsgebiet und räumliche Beschaffenheit der Wettvermittlungsstellen sowie Bestimmungen zur Nutzung in den dafür bestimmten Geschäftsräumen sind an den Zielen des § 1 auszurichten. Es dürfen nicht mehr Wettvermittlungsstellen unterhalten werden als zur besseren Erreichung der Ziele nach §§ 1, 10a Absatz 5 Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag und zur Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebotes im Sinne von § 10 Absatz 1 Glücksspieländerungsstaatsvertrag erforderlich sind.“ Sind diese Formulierungen als gesetzliche Grundlage ausreichend und bestimmt genug, um die in § 10a Absatz 5 des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags verankerte Aufgabe, dass die Länder die Zahl der Wettvermittlungsstellen zu begrenzen haben, angemessen zu erfüllen? Gibt es Erkenntnisse, um welche Anzahl und welche Einzugsgebiete der Wettvermittlungsstellen es sich aufgrund dieser gesetzlichen Grundlage voraussicht-

lich handeln würde?

Die Idee einer Anbindung behördlicher Vollzugsaufgaben an die Zielvorgaben des § 1 findet sich im GlüÄndStV mehrfach (§ 4 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 5, § 4a Abs. 3, § 5 Abs. 1, § 10 Abs. 1 und 4, § 10a Abs. 1, § 22 Abs. 1, § 24 Abs. 2 sowie § 29 Abs. 4). Da die Zielvorgaben keinen eigentlichen „Ermessensspielraum“ eröffnen, sondern eine „nachvollziehende Abwägung“ unter Einschluss von Prognoseentscheidungen verlangen, deren Ergebnisse vollumfänglich gerichtlicher Prüfung unterliegen, ist die Konstruktion unter Bestimmtheitsaspekten hinnehmbar. Eine entsprechende Regelungskonstruktion lag bereits dem bisherigen GlüStV 2008 zugrunde.

Aspekte der Transparenz könnten es aber nahe legen, die „näheren Festlegungen“ in der Umsetzung des § 13 III AG NRW (Berechnungsmodus, Parameter) durch Rechtsverordnung zu regeln. Allerdings müsste in das Gesetz dann eine entsprechende Verordnungsermächtigung aufgenommen werden (Art. 80 LVerf. NRW).

Frage 3: In § 19 Absatz 2 Satz 1 und 2 des Entwurfes des Landesausführungsgesetzes heißt es: „Das für Inneres zuständige Ministerium oder die nach § 9a Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag zuständige Behörde stellt sicher, dass Lotterien, Ausspielungen und Sportwetten im Sinne des § 3 Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag ordnungsgemäß veranstaltet oder durchgeführt, Abgaben abgeführt und die in der Erlaubnis enthaltenen Nebenbestimmungen eingehalten werden. Sie kann insbesondere (...) 3. jederzeit Auskunft über den gesamten Geschäfts- und Spielbetrieb verlangen und die Geschäftsunterlagen des Erlaubnisnehmers einsehen“. Wie ist die Formulierung, dass „jederzeit Auskunft über den gesamten Geschäfts- und Spielbetrieb“ verlangt werden kann, rechtlich zu bewerten? Bedeutet das etwa, dass es bei privaten Anbietern, die eine Konzession zur Veranstaltung von Sportwetten erwerben, keinen (Kern-) Bereich unternehmerischen Handelns gibt, der dem staatlichen Zugriff entzogen ist?

Eine Pflicht zur Offenlegung von Unterlagen und zur Erteilung von Auskünften ist im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts nichts Ungewöhnliches (§ 29 I GewO / § 52 BImSchG) und daher erst recht im Ordnungsrecht zu akzeptieren. Den Geheimhaltungsinteressen

konzessionierter Unternehmen wird durch korrespondierende Verschwiegenheitspflichten der staatlichen Aufgabenträger Rechnung getragen, die auch strafrechtlich und disziplinarrechtlich abgesichert sind (s. auch §§ 8 und 9 IFG NRW). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch Auskunfts- und Offenlegungspflichten nur unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingefordert werden dürfen, so dass ein „schrankenloses“ Auskunftsrecht nicht besteht.

Problematisch erscheint immerhin, dass die gesetzlichen Regelungen – soweit ersichtlich – kein Auskunftsverweigerungsrecht für den Fall vorsehen, dass sich die auskunftspflichtige Person mit der Auskunft selbst einer Straftat bezichtigen würde.

Das rechtsstaatliche Gebot, wonach sich niemand selbst einer Straftat anklagen muss („nemo-tenetur-Grundsatz“) erfasst freilich nur (aktive) Auskunftspflichten, nicht jedoch die (passive) Pflicht zur Duldung behördlicher Einsichtnahme in Geschäftsunterlagen.

Frage 4: Ist die Einschränkung von § 284 StGB eine Bevormundung des Bürgers?

Der GlüÄndStV kann als Landesrecht die bundesrechtlichen Normen des § 284 StGGB nicht einschränken. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der GlüStV dieses Ziel verfolgt.

Soweit die Frage auf die kriminalpolitische Legitimation des § 284 StGB abzielt, ist darauf hinzuweisen, dass die Vorschrift speziell die Anbieter ungenehmigter Glücksspiele adressiert und zudem vom Bundesgesetzgeber erlassen wurde.

Die Verfassungskonformität des verwaltungsakzessorischen Straftatbestandes aus § 284 StGB dürfte heute schließlich außer Streit stehen.

Frage 5: Ist es möglich, dass ein nicht zugelassener Bewerber um eine Konzession (evtl. Nr. 21) aufgrund dieser Nichtzulassung den Weg der Schadensersatzklage gehen kann?

Entsprechende Klagen sind möglich und nach Art. 19 Abs. 4 GG das verfassungsgemäße Recht eines jeden nicht zugelassenen Bewerbers.

Frage 6: Wie beurteilen Sie im Hinblick auf die Kanalisierung der Glückspielsucht und die Praxis in anderen Bundesländern bzw. im benachbarten Ausland die bisherige Anzahl der Spielbankstandorte in NRW?

§ 2 SpielbankenG NRW sieht bis zu vier Spielbankenstandorte vor. Gemessen an der Einwohnerzahl des Landes NRW bzw. der Anzahl erwachsener Spieler handelt es sich – soweit ersichtlich - um die geringste Standortdichte unter allen Bundesländern. Erheblich weiter geht etwa Art. 1 Abs. 2 Satz 2 des Spielbankengesetzes des Freistaates Bayern, der eine Dichte von einer Spielbank pro eine Million Einwohnern für zulässig erklärt.

Ob die für NRW geltende Zahl dem gesetzlichen Kanalisierungsziel genügt, entzieht sich einer rein juristischen Beurteilung.

In verfassungsrechtlicher Hinsicht spricht alles dafür, dass eine sachlich begründete, moderate Anhebung der Standortzahl vom Prognosespielraum des Gesetzgebers gedeckt wäre.

III. Spieler- und Jugendschutz / Suchtprävention und – bekämpfung

Frage 6: Ist es unter den Aspekten von Spielerschutz und Gleichbehandlung geboten, die gefährlicheren Automatenspiele in den Spielbanken denselben strengen und engen Regelungen wie das gewerbliche Automatenspiel zu unterwerfen?

Die Frage insinuiert eine Regulierungsschieflage, die in dieser Form nicht besteht:

- Spielhallen und Spielbanken unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Konstruktion und ihres Tätigkeitsfeldes grundlegend. So stellt das Recht der Spielbanken klassisches Ordnungsrecht dar, das – unter Ausschluss einer fiskalischen Orientierung – einen streng kontrollierten Raum für das Angebot riskanter Glücksspiele schaffen soll, um so den nicht zu unterdrückenden, gleichwohl aber im Grundsatz unerwünschten Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und legale Bahnen zu lenken (BVerfGE 102, 197). Mit der Zulassung einer öffentlichen Spielbank entsteht kein wirtschaftliches Leben; eine fiskalische Ausrichtung des Spielbankenbetriebes ist unzulässig. Die einzelnen, lokal streng limitierten Angebote (vier Standorte in NRW) unterliegen strenger staatlicher Kontrolle und Steuerung. Dies gilt – entgegen vielfacher Darstellung - auch hinsichtlich des jeweils zugelassenen Spielangebotes, das durch die Aufsicht im Einzelnen genehmigt werden muss. Ein Anspruch auf Eröffnung einer Spielbank oder zum Angebot bestimmter (Casino- oder Automaten-) Spiele existiert nicht.
- Dagegen hat die Gewerbeordnung das Angebot von gewerblichen Automatenspielen, wie es in Spielhallen erfolgt, als eine für jedermann an grundsätzlich jedem Ort zugängliche Betätigung ausgestaltet, die allein zum Zwecke der Gewinnmaximierung ausgeübt wird und keinen den Spielbanken vergleichbaren Organisations- und Kontrollstrukturen unterliegt. Die Zu-

lassung der Automaten erfolgt nicht im Rahmen einer – gefahrenabwehrrechtlich ausgerichteten - behördlichen Einzelentscheidung, sondern allgemein über Bauartzulassungen, hinsichtlich derer ein Rechtsanspruch auf Erteilung besteht, sofern die allgemein festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind.

Spielhallen nehmen folgerichtige keinerlei Kanalisierungsfunktion wahr, sondern sind vom Gesetzgeber als Raum für risikofreie (unterhaltende) Spielformen konzipiert, was mit der zunehmenden Präsenz und der von Suchtpsychologen wiederholt dargestellten Beschleunigung des gewerblichen Automatenspiels (Punktesystem!) zu einem mit der Gesetzeskonzeption nicht kompatiblen Anstieg von Problemspielern geführt hat.

Diese Einschätzung liegt erkennbar auch den Grundsatzentscheidungen des BVerfG vom 28.3.2006 sowie des EuGH vom 8.9.2010 zugrunde. Gerade die jüngste Kritik des EuGH an der Regulierung des gewerblichen Automatenspiels zielt auf eine sektorale Nachjustierung, ohne dass sich hieraus parallele Nachjustierungserfordernisse für den Bereich der Spielbanken ableiten ließen.

Die These, dass Spielbanken einer weniger strengen Regulierung unterlägen als Spielhallen, ist nach alledem rechtlich nicht haltbar (hierzu auch sogleich IV. 2).

Frage 7: Alle wissenschaftlichen Untersuchungen belegen, dass die Quote der pathologischen Spieler in der Bevölkerung annähernd gleich bleibt. Bei einer messmethodischen Schwankungsbreite bewegt sich maximal bei 0,6 % der erwachsenen Bevölkerung – und zwar auf alle Spielformen bezogen. Veränderungen des Glücksspielmarktes haben darauf offensichtlich keinen Einfluss gehabt. Woraus begründet sich die beabsichtigte Verschärfung der Regelungen für das gewerbliche Spielangebot?

Die der Frage zugrunde gelegten Messergebnisse sind nicht nachvollziehbar.

In den führenden und durchaus aktuellen Forschungsarbeiten über problemverursachende Glücksspielformen in Deutschland wird das Spiel an Automaten jeweils als gefahrenträchtigste Spielform ausgewiesen (ausführlich Becker, Glücksspielsucht in Deutschland, 2009 mit umfassenden Nachweisen zu den bisherigen Studien; T. Hayer, Sucht Aktuell, 2010, 47, 51).

Entsprechende Einschätzungen liegen ersichtlich auch den Grundsatzentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2006 sowie des EuGH aus dem Jahre 2010 zugrunde, die beide dem gewerblichen Automatenspiel ein überdurchschnittlich hohes Suchtpotential zugeschrieben haben. So heißt es in der genannten BVerfG-Entscheidung vom 28.3.2006 (Abs.-Nr. 100) wörtlich:

„Bei weitem die meisten Spieler mit problematischem oder pathologischem Spielverhalten spielen nach derzeitigem Erkenntnisstand an Automaten, die nach der Gewerbeordnung betrieben werden dürfen. An zweiter Stelle in der Statistik folgen Casino-Spiele. Alle anderen Glücksspielformen tragen gegenwärtig deutlich weniger zu problematischem und pathologischem Spielverhalten bei (vgl. Hayer/Meyer, Die Prävention problematischen Spielverhaltens, J Public Health 2004, S. 293 <296>).“

Nicht zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass das BVerfG in der Vergangenheit sektorspezifische Beschränkungen im Bereich des gewerblichen Automatenspiels ohne Weiteres akzeptiert und hierbei ausgeführt hat:

„Die Eignung der angegriffenen Vorschrift zur Eindämmung der Betätigung des Spielbetriebes und zum Schutz der Spieler vor der Ausnutzung des Spieltriebs ist nicht zu bezweifeln. Je weniger Geldspielgeräte in einer Spielhalle aufgestellt sind, desto geringer sind auch die Anreize für den Spieler“ (BVerfG, NVwZ 1987, 1067).

IV. Spielersperre und Sperrsystem

Frage 2: Wie bewerten Sie es, dass nach den Bestimmungen des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages und des Entwurfs des Ausführungsgesetzes Spielhallen nicht dazu verpflichtet sind, an dem länderübergreifenden Sperrsystem mitzuwirken?

Die Entscheidung, Spielhallen anders als Spielbanken nicht in das Sperrsystem einzubeziehen, schwächt aufgrund des drohenden Ausweichverhaltens gesperrter Spieler die Durchschlagskraft von Spielersperren und steht in Widerspruch zu zentralen Forderungen der Suchtpsychologie nach einer anbieter- und segmentübergreifenden Spielersperre (Meyer/Hayer, Die Effektivität der Spielsperre als Maßnahme des Spielerschutzes, 2010, S. 180).

Die mangelnde Einbeziehung der Spielhallen in das länderübergreifende Sperrsystem belegt, dass die These von einem höheren Schutzniveau der Spielhallen (oben III. 6) nicht zutrifft.

Frage 3: Die in § 12 Absatz 1 Satz 2 des Entwurfs des Ausführungsgesetzes stehende Formulierung (...) legt im Umkehrschluss nahe, dass gesperrte Spieler an denjenigen Wetten und Lotterien teilnehmen dürfen, die nicht häufiger als zweimal die Woche veranstaltet werden. Wie ist das vor dem Ziel der Suchtprävention und der Therapie von Spielsüchtigen zu bewerten?

Grundsätzlich gilt das zu Frage IV. 2 Dargestellte.

Allerdings ergibt sich insoweit eine deutliche Abschwächung der Problematik gegenüber der Konstellation unter IV. 2., als den hier einschlägigen „langsamen“ Lotterien seitens der Suchtpsychologen ein deutlich geringeres Gefährdungspotential beigemessen wird als den Automatenspielen in Spielhallen. Zudem ist die Ausnahmeregelung nach hiesiger Lesart nur auf Lotterien bezogen, die weniger als zweimal pro Woche veranstaltet werden, nicht aber auf Wetten, so dass hinsichtlich letzterer eine uneingeschränkte Sperrwirkung erhalten bleibt.

V. Sportwetten

Frage 1: Wie bewerten Sie die in § 10a des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages geschaffene Experimentierklausel für Sportwetten und das darin verankerte Konzessionssystem?

s. hierzu die Ausführungen unter I / Frage 2 / 11

Frage 2: Wie bewerten Sie es gerade im Hinblick auf die Situation und die Planungssicherheit der Konzessionäre, dass die Experimentierklausel sieben Jahre nach Inkrafttreten des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages automatisch ausläuft?

Der GlüÄndStV stellt einen präzisen Terminplan auf und ist insoweit unter Planungs- und Vertrauensschutzaspekten sachlich nicht zu beanstanden. Im Übrigen ist gem. § 32 fünf Jahre nach Inkrafttreten des GlüÄndStV ein zusammenfassender Bericht vorzulegen, auf dessen Grundlage die Ministerpräsidenten bereits vor dem Auslaufen der Experimentierklausel (sieben Jahre nach Inkrafttreten) über die Aufhebung der Befristung entscheiden können.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass die deutschen Behörden der Kommission bereits binnen zwei Jahren eine Erstbewertung hinsichtlich des neuen Regulierungsmodells für Sportwetten zukommen lassen wollen, was womöglich bereits zu einem früheren Zeitpunkt die weitere Vorgehensweise erkennbar macht.

Frage 3: Worin liegt für Sie der Unterschied zwischen einer Sportwette auf Pferderennen und einer Wette auf ein Formel-1-Rennen?

Soweit die Frage auf die Begründbarkeit unterschiedlicher Regulierungssysteme hinweist, geht es hierbei in erster Linie um eine historisch bedingte Unterscheidung. Gewisse Unterschiede bestehen gewiss insoweit, als den Pferderennen in der Regel eine stärkere regionale Begrenztheit zukommt als international beachteten Formel-1-Rennen. Gleichwohl wäre eine Vereinheitlichung der Regelungsre-

gime rechtspolitisch sicherlich wünschenswert (s. oben I. / Fragen 2/11). Ob diese politisch realisierbar ist, erscheint aber eher fraglich.

VI. Casinospiele

Frage 1: Wie beurteilen Sie es insbesondere im Hinblick auf die Europarechtskonformität des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags, dass das Angebot an Casinospielen einschließlich Poker auch in Zukunft auf die Spielbanken begrenzt bleibt, während es für Sportwetten eine Experimentierklausel mit einem Konzessionssystem gibt?

Die Frage zielt auf das Gefahrenpotential bestimmter Glücksspielformen und bedarf damit letztlich einer suchtmedizinischen / suchtpsychologischen Bewertung.

Immerhin steht der Regulierungsansatz des GlüÄndStV in Einklang mit der vom Bundesverfassungsgericht im Grundsatzurteil vom 28.3.2006 vorgenommenen Bewertung, derzufolge den Casinospielen ein deutlich höheres Gefahrenpotential zukommt als Sportwetten (vgl. dort Abs.-Nr. 100, wonach Casinospiele hinsichtlich problematischen und pathologischen Spielverhaltens „an zweiter Stelle in der Statistik“ hinter den gewerblichen Automatenspielen stehen).

In europarechtlicher Hinsicht ist von Interesse, dass die Kommission den zugrunde liegenden Regulierungsansatz ebenfalls nicht grundsätzlich in Frage gestellt, sondern von Deutschland weitere Informationen angefordert hat, die binnen der nächsten zwei Jahre vorgelegt werden sollen.

Frage 2: Welchen rechtlichen Beschränkungen unterliegen staatliche Spielbanken sowie die dort betriebenen Glücksspielautomaten derzeit in Nordrhein-Westfalen

S. hierzu oben Frage III / 6.

VII. Spielhallen und Automatenspiel

Frage 3: Wie bewerten Sie den Regelungsgehalt zu den Spielhallen und ihre praktischen Konsequenzen ein?

Der Erlass spielhallenbezogener Regelungen stellt nach den Entscheidungen des EuGH vom 8.9.2010 eine absehbare Folge der verzögerten Überarbeitung der SpielVO / GewO durch den Bund dar. Der vom Fachbeirat geäußerten Kritik an der derzeitigen Ausgestaltung des gewerblichen Automatenspiels können die Anpassungen im Bereich der Spielhallen aus kompetenzrechtlichen Gründen nur bedingt genügen. Allerdings führen die einschlägigen Regelungen zu einer Minderung bisherigen des Regulierungsgefälles.

Die vom EuGH angemahnte Kooperation zwischen Bund und Ländern bei der Regulierung des Glücksspiels erscheint nach wie vor unzureichend, was zugleich an der Sinnhaftigkeit der Kompetenzzersplitterung durch das Grundgesetz zweifeln lässt.

Frage 4: Halten Sie die derzeitigen rechtlichen Rahmenbedingungen (Gewerbeordnung, Spielverordnung etc.) für ausreichend, um die Expansion der Spielhallen einzuschränken?

Die derzeitigen gewerberechtlichen Rahmenbedingungen werden von Suchtpsychologen allgemein als nicht zureichend angesehen. Hinzuweisen ist hierzu etwa auf den Abschlussbericht von Bühringer u.a., Untersuchung zur Evaluierung der Fünften Novelle der Spielverordnung vom 17.12.2005, München, 9.9.2010. Folgende Kritikpunkte sind wiederholt vorgetragen worden:

- Die eigentliche Spielzeit bei Geldspielautomaten beträgt nicht 5 Sekunden, sondern 2 bis 3 Sekunden, weil die Spieldauer nicht zwischen Spieleinsatz und Einlauf des Spielergebnisses, sondern über den Transfer der Punkte in Geld berechnet wird.
- Die Einsatz-, Gewinn- und Verlustgrenzen werden teilweise dadurch umgangen, dass vor Spielbeginn Geldeinsätze in

Punkte umgewandelt und Spielteilnahmen dadurch auf höherem Niveau an Spieler verkauft werden (sog. „Vorheizen“ oder „Vorglühen“).

- Zwangspausen (mindestens 5 Minuten nach einstündigem Spielbetrieb) laufen vielfach leer, da Freispiele abgespielt werden können, so dass es häufig nicht zu einer Pause i.S. einer Abkühlungsphase kommt.
- Automatenbezogene Spielerschutzregulierungen (Gewinn-/Verlust-/Einsatzgrenzen, Pausen usw.) werden dadurch umgangen, dass ein signifikanter Anteil von Spielern an mehreren Geräten gleichzeitig spielt.
- Das Personal sowohl in Spielhallen als auch in Gaststätten ist häufig mit geringen oder keinen Kenntnissen über die rechtlichen Vorgaben insbesondere spielerschützender Natur ausgestattet.

Der Fachbeirat nach § 10 Abs. 1 S. 2 GlüStV hatte bereits am 12. März 2008 einen Regelungsvorschlag gemacht (abrufbar unter <http://www.fachbeirat-gluecksspielsucht.de>, unter „Empfehlungen“ – „Gewerbliches Spiel“), der aber nicht aufgegriffen wurde.

Frage 5: Wie bewerten Sie aus rechtlichen Gesichtspunkten den Artikel 2 §§ 16-18 des Gesetzentwurfes in Bezug auf:

- a) Regelungen zu den Mindestabständen?
- b) das Verbot von Mehrfachkonzessionen?
- c) Übergangsregelungen?
- d) Sperr- und Spielverbotszeiten?

Zu a) / b)

Die Mindestabstandsregelungen stellt ersichtlich eine Reaktion auf die bislang unbewältigte Problematik der sog. „Mehrfachkonzessionen“ dar, in deren Folge die zahlenmäßigen Begrenzungen für Automaten in Spielhallen (§ 3 II SpielVO: Gesamtzahl von 12 Geräten) nicht unerheblich aufgeweicht wurden. Im Übrigen wurden derartige

Komplexe unter suchtpsychologischen Aspekten in der Vergangenheit kritisiert. Vom Grundsatz her scheint diese Regelung durchaus plausibel. Da es sich um ein neuartiges Instrument handelt, wird man freilich dessen Folgewirkungen genau zu beobachten haben.

Zu c)

Als zentrales verfassungsrechtliches Streitthema hat sich bereits jetzt die Frage des Übergangsrechts für bereits genehmigte Spielhallen herausgeschält. § 29 Abs. 4 GlüStV 2012 räumt den Spielhallen mit gewerberechtlicher Altkonzession (Stichtag 28.10.2011) eine fünfjährige Befreiung von der neuen staatsvertraglichen Erlaubnispflicht ein, darüber hinaus besteht die Möglichkeit der Befreiung von einzelnen Anforderungen des § 24 Abs. 2 sowie des § 25 GlüStV 2012. Diese Regelung ist im Schrifttum teilweise massiv angegriffen worden. Im Hinblick auf die bisherige verfassungsgerichtliche Rechtsprechung erscheinen diese Angriffe nicht durchgreifend.

- Es entspricht st. Rspr. des BVerfG, dass zwar im Regelfall die Gewährung von Übergangsregeln notwendig ist, hierbei aber die Schwere des Eingriffs im Einzelfall durchaus in Bezug gesetzt werden muss zu weiteren Aspekten wie etwa der Erkennbarkeit drohender Änderungen sowie etwa konfligierenden Gemeinschaftsinteressen (BVerfG, NJW 1967, 1317 f – st. Rspr.). Es gibt folgerichtig keinen Automatismus in Richtung von Übergangsregeln. Vielmehr bleiben auch kurzfristig umsetzbare Restriktionen zulässig, soweit sie durch entsprechend schwer wiegende Gemeinschaftsinteressen legitimiert werden. Eben diese mögliche Ausnahme von dem Grundsatz der zeitlichen Abfederung neuartiger Eingriffe in die Berufsfreiheit hat das *BVerfG* in seiner späteren Rechtsprechung denn auch recht deutlich zum Ausdruck gebracht (BVerfGE 98, 265, 309 f). Gerade im Glücksspielrechtlichen Kontext hat das Gericht dem Gesetzgeber insoweit erhebliche Spielräume zuerkannt (BVerfG, ZfWG 2008, 351).

- Angesichts der seit langem kritisierten, auch durch die Entscheidungen des BVerfG und des EuGH offen artikulierten Regulierungsdefizite dürften die vorgesehenen Fristen innerhalb des legislativen Handlungsrahmens liegen.
- Weiter reichende Anforderungen dürften sich auch aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG nicht ableiten lassen.

Frage 8: Wie beurteilen Sie die in §19 Absatz 5 des Entwurfs des Landesausführungsgesetzes geregelte Zuständigkeit der örtlichen Ordnungsbehörden für die Erteilung und Überwachung der Erlaubnis nach § 16 vor dem Hintergrund der Mehrbelastung der Kommunen und dem Grundsatz der Konnexität?

Soweit das AG NRW (vgl. amtl. Begründung Bl. 45) eine Konnexitätsrelevanz der Betrauung der örtlichen Ordnungsbehörden mit dem Genehmigungsverfahren und der Aufsicht über Spielhallen verneint, erscheint dies nach hiesiger Auffassung sehr fraglich. Der Umstand, dass die Länder hier erstmalig Aufgaben auf der Grundlage ihrer spielhallenrechtlichen Kompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG festlegen, lässt die Annahme einer genuinen Neuübertragung von Aufgabe naheliegend erscheinen.

Unabhängig hiervon ergibt sich eine Konnexitätsrelevanz nicht nur bei einer Neuübertragung von Aufgaben, sondern auch bei einer inhaltlichen Änderung bereits übertragener Aufgaben, wenn sich hierdurch den Vollzug prägende besondere Anforderungen an die Aufgabenerfüllung ändern (VerfGH NRW, NWVBl. 2011, 54 ff.; Dietlein, in: Dietlein/Burgi/Hellermann, Öffentliches Recht in NRW, 4. Aufl. 2011, § 1 Rn. 206).

Mit der Einbeziehung der Spielhallen in den GlüStV wurde ein grundlegender Systemwechsel eingeleitet, der nach hiesiger Auffassung durchaus signifikante neue Belastungen für die Gemeinden begründet (tendenziell ebenso Gebhardt/Postel, ZfWG 2012, 1, 8). Mit der

bisherigen gewerberechtlichen Überwachung erscheint der Vollzug des GlüStV jedenfalls nicht mehr vergleichbar.

Fraglich erscheint auch, ob die Kostenbelastung – wie in der Entwurfsbegründung angedeutet – wegen der Möglichkeit einer Gebührenerhebung für das Erlaubnisverfahren als unwesentlich eingestuft werden kann. So beschränkt sich die landesgesetzliche Inanspruchnahme der Gemeinden nicht auf die Erlaubniserteilung, sondern umfasst nach § 20 Abs. 1 AG NRW die gesamte glücksspielrechtliche Aufsicht über Spielhallen iS. des § 2 Abs. 3 GlüÄndStV. Eine finanzielle Kompensation erscheint insoweit nicht ersichtlich, so dass das Konnexitätsprinzip durchaus auch einen tatsächlichen Anwendungsbereich findet.

Frage 17: Wie bewerten Sie eine mögliche Spielautomatensteuer als Instrument zur Begrenzung der Ausweitung der Spielhallen? Wie beurteilen Sie vor diesem Hintergrund die derzeitigen Überlegungen in Stärkungspaktkommunen zur Einführung einer kommunalen Spielautomatensteuer?

In der Rechtsprechung ist die Vergnügungssteuer auf Spielautomaten als legitime Form einer auf Spieldämpfung gerichteten Lenkungssteuer anerkannt. Nach hiesiger Auffassung wäre ein Ausbau des Instruments einer Spielautomatensteuer, auch in Gestalt der tradierten kommunalen Aufwandsteuer (Vergnügungssteuer), als Instrument zur Dämpfung des Spiels gleichwohl kritisch zu sehen. So forciert eine solche Steuer zugleich den Umsatzdruck auf die Automatenaufsteller sowie die Spielhallenbetreiber und steht insoweit in einem Spannungsverhältnis zu den suchtpreventiven Zielen des GlüStV und der GewO. Problematisch könnte ein Ausbau der Spielautomatensteuer auch mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH sein, der Schieflagen in der Regulierung insbesondere dort beanstandet, wo diese mit der Generierung von Staatseinnahmen verknüpft sind.

Anstatt an defizitär regulierten Spielen „mitverdienen“ zu wollen, sollte der Staat daher bestrebt sein, das Risiko der betreffenden Spiele abzusenken. Der richtige Ort hierfür wären die Gewerbeordnung und die SpielVO. Vorschläge hierzu hat der Fachbeirat der Länder schon vor einiger Zeit auf den Tisch gelegt (s. oben Frage 4). Im Rahmen der neueren Reformdebatte um die Gewerbeordnung / SpielVO sind diese Vorschläge allerdings nicht aufgenommen worden.

Erst soweit konkrete Spielangebote unter Spielerschutzaspekten hinnehmbar erscheinen, sollte über akzessorische Maßnahme wie Besteuerung oder Abschöpfung nachgedacht werden.

Frage 19: Wie bewerten Sie es, dass Spielbanken auch weiterhin die Identität und das Alter der Spieler überprüfen müssen, bevor sie ihnen Zutritt gewähren, während das bei Spielhallen auch in Zukunft nicht der Fall sein soll?

Vgl. hierzu die Ausführungen zu Frage IV. / 2:

Vorzugswürdig wäre eine Einbeziehung der Spielhallen in das Sperrsystem, was inzident Zutritts- /Identitätskontrollen notwendig machte.

VIII. Internet

Frage 1: Wie bewerten Sie es, dass künftig der Eigenvertrieb und die Vermittlung von Lotterien sowie die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten im Internet unter den Voraussetzungen von § 4 Absatz 5 Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag erlaubt sind?

Die partielle Öffnung des Internets ist ambivalent zu bewerten. Die massive Präsenz illegaler Angebote im Internet lässt die Zulassung eines legalen „Gegenangebotes“ durchaus plausibel erscheinen (hierzu bereits Dietlein, GewArch. 2005, S. 89 ff.). Andererseits heben die Suchtpsychologie, aber auch die höchsten Gerichte (BVerfG, Ur. vom 28.3.2006, Rz. 139) durchgängig das besondere Gefahren-

potential des Internetglücksspiels, namentlich auch im Bereich der Sportwetten, hervor. Die vorgesehene Öffnung – zumal im sachlichen Verbund mit der Zulassung mehrerer im Wettbewerb miteinander stehender kommerzieller Sportwettenanbieter – bedarf somit jedenfalls einer weiteren Beobachtung.

Frage 2: Ist die kontrollierte Wiederzulassung des Vertriebsweges Internet für die genannten Glücksspiele geeignet, um die steigende Tendenz unerlaubten Glücksspiels im Internet einzudämmen und zu bekämpfen?

Ob die partielle Zulassung des Vertriebsweges Internet zu einer Zurückdrängung des illegalen Online-Glücksspiels führen wird, erscheint nach hiesiger Einschätzung völlig offen.

Der GlüÄndStV wird hier so verstanden, dass die Experimentierklausel insoweit neue Erkenntnisse ermöglichen soll.

Frage 3: Wie bewerten Sie es, dass die Veranstaltung und Vermittlung aller anderen Glücksspiele im Internet weiterhin verboten bleiben?

Die Einordnung von Casinospiele steht derzeit im Streit; bisherige Einschätzungen gehen wohl überwiegend von einem hohen Gefahrenpotential aus (hierzu etwa Becker, Glücksspielsucht in Deutschland, 2009, S. 53 ff.; s. auch BVerfG, Urt. vom 28.3.2006, Abs.-Nr. 100). Es ist nicht erkennbar, dass diese Einschätzungen widerlegt wurden, so dass die Entscheidung des Gesetzgebers, Online-Casinospiele aus Gründen der Suchtprävention nicht zuzulassen, den verfassungsrechtlich gewährten Prognosespielraum des Gesetzgebers nicht überschreitet (hierzu auch oben Frage III./7 sowie Frage VI./1).

Hinsichtlich der Unionsrechtskonformität hat die Kommission diesen Ansatz nicht grundsätzlich in Frage gestellt, sondern zunächst lediglich weitere Informationen gefordert und hierfür eine zweijährige Prüfphase zugestanden.

Frage 5: Die Anzahl der Konzessionen im Internet soll auf 20 Anbieter beschränkt sein. Welche Auswahlkriterien halten Sie hier für sinnvoll? Mit welcher Begründung soll Ihrer Meinung nach dem 21. abgesagt werden? Gleicht eine Absage nicht einem Berufsverbot?

Verfassungsrechtlich gesehen liegt in der Kontingentierung der Konzessionen eine objektive Berufszugangsbeschränkung, die damit verfassungsrechtlich kaum geringeren Anforderungen unterliegt als eine Monopolisierung des Spielbetriebes. Gerade weil indessen die Rechtsprechung sogar eine Monopolisierung von Sportwetten grundsätzlich zugelassen hat, wird man eine Kontingentierung privater Konzessionen ebenfalls grundsätzlich für zulässig anzusehen haben. Dies ist auch vom EuGH anerkannt worden.

Frage 6: Warum sollten Anbieter sich eine der 20 Lizenzen sichern und nicht weiterhin aus dem Ausland agieren? Wie bewerten Sie die Meinung, dass nur die Einführung von Netzsperrern hier tatsächlich Druck auf die Anbieter ausüben könnte, ihr Angebot zu konzessionieren.

Die Frage unterstellt eine Indifferenz privater Anbieter von Sportwetten gegenüber legitimen, vom Gedanken des Spielerschutzes getragenen Regelungsvorgaben eines demokratischen Rechtsstaates. Entgegen diesem Ansatz gehen die Länder ersichtlich davon aus, dass die Sportwettenanbieter den ihnen nunmehr zur Verfügung stehenden Raum für eine legale Anbietertätigkeit nutzen werden.

Frage 8: Warum kann die Spielsucht durch die Vergabe von Lizenzen reduziert werden, sollen weniger Leute spielsüchtig sein, wenn es weniger Anbieter gibt? Warum sollten die Auswirkungen einer Spielsucht geringer sein?

Die zahlenmäßige Beschränkung soll nach Darlegung des Gesetzgebers der Zielverwirklichung des § 1 dienen. Offenkundig verspricht sich der Gesetzgeber von der Kontingentierung insbesondere wettbewerbsdämpfende Effekte sowie womöglich eine intensivere Kontrollierbarkeit der Konzessionäre.

Ob sich diese Prognose im Ergebnis bewahrheiten wird, erscheint keineswegs eindeutig. Ebenso denkbar wäre ein verschärfter Wettbewerb innerhalb des entstehenden Oligopols oder ein geordnetes „Nebeneinander“ der Anbieter im Sinne eines gemeinsam wahrgenommenen „Quasi-Monopols“.

Verfassungs- und europarechtlich hat der Gesetzgeber freilich einen weiten Prognosespielraum, der erst dort endet, wo Prognosen auf unzutreffender Tatsachengrundlage basieren oder allgemein als widerlegt anzusehen sind. Beides ist hier nicht der Fall ist.

Dass jede zahlenmäßige Festlegung von Kontingenten den Vorwurf der Willkür provoziert, liegt auf der Hand. Andererseits macht die vom EuGH dargestellte Option der Kontingentierung von Sportwettenslizenzen nur Sinn, wenn man dem Gesetzgeber einen entsprechenden Spielraum zur Festlegung einer bestimmten Zahl einräumt. Wenn daher die Kommission von der Bundesrepublik Deutschland erwartet, das festgelegte Kontingent gleichsam rechnerisch zu begründen, droht hier eine Aushöhlung der Rechtsprechung des EuGH.

Immerhin zeigt die Stellungnahme der Kommission schon vorab recht deutlich, dass unionsrechtliche Auseinandersetzungen um die erfolgte zahlenmäßige Festlegung vorprogrammiert sein dürften.

Düsseldorf, den 23. August 2012

Prof. Dr. iur. Johannes Dietlein