

Rechtsanwalt Boris Hoeller
Wittelsbacherring 1
53115 Bonn

Stellungnahme

zum

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
16/52

Alle Abg

Gesetz zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in
Deutschland (Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag – Erster GlüÄndStV)
Gesetzentwurf der Landesregierung, Drucksache 16/17

für die Öffentliche Anhörung des Hauptausschusses und des Ausschusses für Arbeit,
Gesundheit und Soziales am 6. September 2012

Vorbemerkung:

Die hier vorgelegte Stellungnahme weist - nicht abschließend - auf einige wesentliche und kritische Regelungen im Glücksspieländerungsvertrag hin, die im Rahmen der Begründung der Landesregierung zum eingebrachten Gesetzesentwurf, entweder hinreichend nicht akzentuiert, unzutreffend bzw. überhaupt nicht dargestellt bzw. begründet worden ist.

Die langjährigen Erfahrungen aus dem politischen, behördlichen und gerichtlichen Umgang mit den Sachverhalten im Glücksspielwesen lehren, dass es sich im Glücksspielwesen um einen Regelungsbereich handelt, der insoweit speziellen und besonderen Gesetzmäßigkeiten im Umgang mit den Gesetzmäßigkeiten zu unterliegen scheint, die Eignung haben, beim unvoreingenommenen, kritischen Betrachter

Empörung und Unverständnis zu wecken.

Für den Kreis der Akteure im Glücksspielwesen aus der staatlichen Sphäre scheint die Anwendung der Gesetze im Glücksspielwesen erheblich günstiger auszufallen, als für den Kreis der Personen aus der privaten Initiative.

- Unter Zugrundelegung der europa-, verfassungs- und höchstrichterlichen Rechtsprechung ist zunächst die rechtsstaatlich traurige Bilanz zu ziehen, dass es dem/den Gesetzgeber/n in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland bis heute nicht gelungen ist, eine mit vor- oder höherrangigen Recht im Einklang stehende gesetzliche Regelungen zu etablieren.

Der Glücksspielstaatsvertrag war eine Reaktion der Landesregierungen auf in der späteren höchstrichterlichen und verfassungsrechtlichen Rechtsprechung festgestellten gravierenden Defizite des Lotteriestaatsvertrages (gültig ab 2004) und der weiteren Glücksspielgesetzgebung.

Der Glücksspielstaatsvertrag (gültig ab 2008) sollte die Mängel beseitigen und das gewünschte Staatsglücksspielmonopol rechtlich absichern. Dies ist konzeptionell und tatsächlich – wie von den Kritikern bereits seit Bekanntwerden des Ersten Entwurfs zum Glücksspielstaatsvertrag in 2006 fortlaufend gerügt – fehlgeschlagen. Es bedurfte diese Kritik als richtig feststellende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes im September 2010, um erst in dieser Folge eine Korrektur der fortgesetzt mit Rechtsfehlern behafteten Entscheidungspraxis der deutschen oberen Verwaltungsgerichtsbarkeit zum Nachteil der Freiheits- und Grundrechtsträgern zu bewirken.

– Die Landesregierung hält den vorliegenden Gesetzesentwurf, mit dem abermals das staatliche Glücksspielmonopol (nachhaltig jedenfalls im ertragreichen Lotterie- und Casino-Bereich) fortgeschrieben werden soll, für alternativlos und führt zur Begründung des Änderungsbedarfs lediglich die *"Entwicklung in anderen, vom Glücksspielstaatsvertrag bislang nicht erfassten Bereichen, wie dem gewerblichen Automatenspiel"* an. Zur Schaffung notwendiger Regelungen im Bereich des Glücksspielrechts sei der Gesetzgeber gehalten, den Entwurf der Landesregierung zu beschließen.

Es stellt sich die aufdrängende Frage, ob die Annahmen der Landesregierung zutreffend sind und sie das Parlament hinreichend informiert hat.

– Der von der Landesregierung in Bezug genommene Evaluierungsbericht (siehe bspw. Gesetzesbegründung zu § 13, S. 41) schweigt sich fast vollständig zu den Gegebenheiten des tatsächlichen Verhaltens im Bereich der staatlichen Veranstaltersphäre aus. Es wird nicht dargestellt, dass es seit 2008 zu einer zuvor nicht annähernd erreichten Vielzahl von gerichtlich festgestellten Verstößen staatlicher Veranstaltersphäre gegen glücksspielrechtliche Vertriebs- und Werbevorschriften gekommen ist. Es wird auch nicht erwähnt, dass die Glücksspielaufsicht solche Verurteilungen keineswegs zum Anlass für ordnungsbehördliche Maßnahmen genommen hat.

Im Evaluierungsbericht kam vielmehr (lediglich) zum Ausdruck, dass man davon ausgeht, dass die Feststellung der Verstöße deswegen künftig abnehmen werden, weil man erwarte, dass den Klägern durch die Gerichte die

lauterkeitsrechtliche Aktivlegitimation für die Verfahren genommen endgültig werde. Im übrigen wurde auf Divergenzen in der Rechtsprechung verwiesen.

– Dabei hat sich die Vielzahl von gerichtlichen Untersagungen und verhängten Ordnungsmitteln gegen die nach § 10 Abs. 2 GlüStV tätigen Veranstalter lediglich als "Spitze des Eisbergs" der „tatsächlichen Inkohärenz“ im Glücksspielwesen dargestellt. Bundesweit und auch insbesondere in Nordrhein-Westfalen sind Erlaubnisse für Veranstalter, Durchführer und Vermittlern (größtenteils in behördlicher Rekordbearbeitungszeit) erteilt und aufrecht erhalten worden,

– obwohl die Ziele des § 1 GlüStV dieser Betätigung entgegenstehen,

– obwohl die Einhaltung der Jugend- und Spielerschutzanforderungen, des Internetwerbeverbots, der Werbebeschränkungen, den Anforderungen zur Aufklärung nicht sichergestellt waren.

Zahlreiche Testkäufe haben erwiesen, dass die Defizite nicht nur marginale Ausreißer darstellen, sondern symptomatischer Natur sind.

Für die von der Glücksspielaufsicht erlassenen Werberichtlinien hatte sich ergeben, dass diese teilweise Werbemaßnahmen als zulässig beschrieben haben, die von den Gerichten später als die Inkohärenz begründende Handlungen angesehen worden sind.

Privaten Marktteilnehmern außerhalb der staatlichen Veranstaltungs- und Vertriebsphäre (sog. „gewerblichen Spielvermittlern“) stellt sich ein diametral gegensätzliches Bild dar. Entweder wurden die für ein Tätigwerden erforderlichen

Erlaubnisse gar nicht erteilt oder inhaltlich mit Bestimmungen versehen, die auch angesichts erheblicher Genehmigungsantragsgebühren, eine spätere wirtschaftlich sinnvolle Betätigung fast ausgeschlossen haben. Selbst wenn eine Erlaubnis erteilt wurde, verblieb das Damoklesschwert einer Rücknahme des begünstigenden Verwaltungsaktes, wegen vermeintlicher Unzuverlässigkeit bei Werbung und Jugend- und Spielerschutz, bzw. Nichteinhaltung von Nebenbestimmungen, die zwar später teilweise von den Verwaltungsgerichten als rechtswidrig angesehen, teilweise aber auch gebilligt worden und so erhebliches existenzielles Bedrohungspotenzial ausgelöst haben.

Die Furcht, seiner Erlaubnis verlustig werden zu können, scheint die Gesellschaften des Deutschen Lotto- und Totoblocks nicht zu erreichen. Auf ihre Bedürfnisse, insbesondere zur Vermarktung des Umsatzbringers Lotto 6 aus 49 (zusammen mit Spiel77 und Super6 werden so 80% des Gesamtumsatzes erzielt) wurde das Werberecht zugeschnitten.

Der noch im Zuge der Beratungen zum Lotteriestaatsvertrag unverhohlen zum Ausdruck gekommene Wunsch der Landesregierungen, die im Lotteriewesen tätigen „gewerblichen Spielvermittler“ zu verdrängen (Statement des seinerzeitigen MP Teufel, Landtag von Baden-Württemberg Drucksache 13 / 2776), wurde so offenbar in die Tat umgesetzt, denn viele Unternehmen, insbesondere junge und innovative, sich noch in der Investitionsphase befindliche Unternehmen, mussten nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages aufgeben, weil sie sich schon die aufwändige Rechtsverteidigung nicht leisten konnten.

– Trotz klarer und verständlicher Regeln für die Werbung für öffentliches Glücksspiel wurden diese durch die staatliche

Veranstalter- und Vertriebsphäre systematisch ignoriert.

Trotz Internetwerbeverbot wurden seitens der staatlichen Veranstaltersphäre die Glücksspielprodukte Lotto 6 aus 49 und deren Nebenlotterien, ODDSET, KENO, GLÜCKSSPIRALE und seit März 2012 auch EUROJACKPOT via lotto.de beworben. Dies trotz jeglichen Auslegungsfragen entgegenstehender höchstrichterlichen Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 17.08.2011 – Az.: I ZR 115/10, Rn.27 (*Im Internet ist auch eine Werbung verboten, die sich im Sinne von § 5 Abs. 1 GlüStV darauf beschränkt über die Möglichkeiten zum Glücksspiel zu informieren und aufzuklären*); siehe hierzu jüngst insbesondere auch: BayVerwGH Urteil vom 26.06.2012 – Az.: 10 BV 09.2259 'Internetwerbeverbot des GlüStV wegen fortlaufender Verstöße staatlicher Lottogesellschaften und strukturellem Vollzugsdefizit unwirksam').



Trotz Fernsehwerbeverbot findet eine zum Mitspiel anreizende

Präsentation der Ziehung der Lottozahlen statt (OVG Münster, Urteil vom 29. September 2011 – 4 A 17/08 , GewArch 2012, 25).



Die Ziehung der Keno-Zahlen wird im Internet entgegen dem Internetwerbeverbot abrufbereit gestellt.

The screenshot shows the website for KENO von LOTTO. The browser address bar displays 'www.keno.de/d/homepage.html'. The page features a navigation menu with links for 'GEWINNZAHLEN', 'AKTUELLES', 'STATISTIK', 'ÜBER KENO', and 'ZIEHUNG'. The main content area includes a 'KENO Gewinnzahlen' section with the following data:

Ziehung vom Do., 30.08.2012: AKTUELL		Ziehung vom Mi., 29.08.2012: ARCHIV											
6	8	10	11	12	16	17	1	9	14	15	16	18	27
19	29	30	31	34	37	41	30	31	32	35	41	47	51
42	50	56	60	61	68	59	60	61	63	64	65		
plus 5	2	9	8	6	3	plus 5	8	7	1	4	2		

Other sections on the page include 'KENO jetzt auch am Sonntag', 'Neue KENO Ziehung', and 'KENO Gewinnwahrscheinlichkeit'. A banner at the bottom reads 'KENO - Die tägliche Zahlenlotterie.' and 'NIGHT BIS ZUR SUCHT'.

– Trotz Gebot zur deutlichen Aufklärung über die

Gefahren des jeweiligen Glücksspiels beschränken sich die gestalterisch auf ein Übersehen gegebenen Warnhinweise auf Allgemeinplätze („Glücksspiel kann süchtig machen“ klärt nicht über die Gefahren des „jeweiligen Spiels“ (hier: Eurojackpot und wirkt so verharmlosend, weil der allgemeine Verkehr unter „Glücksspiel“ mehrheitlich das Casinospiele versteht) auf und beeinträchtigen so die Willensfreiheit der Spielinteressierten.



– Trotz Verbot der Aufforderungswerbung lassen sich zahlreiche über die bloße Information und Aufklärung über die Möglichkeit zum Glücksspiel hinausgehende Werbeaktivitäten der staatlichen Veranstaltungs- und Vertriebsphäre beobachten. So werden gegenüber dem allgemeinen Verkehrskreis, der sich nicht mit dem Personenkreis deckt, der bereits zum Glücksspiel entschlossen ist, exponiert und



verlockend hohe und attraktive Gewinne in Aussicht gestellt.

Trotz Verpflichtung zur Gewährleistung und Sicherstellung des Jugend- und Spielerschutz ergeben laufend durchgeführte Testkäufe regelmäßig zahlreiche Verstöße. Effektive Barrieren zur Verhinderung der Teilnahme von Vermögens-, Einkommens- und Willensschwache und Jugendlichen am öffentlichen Glücksspiel, insbesondere wenn situationsinadäquate Einsätze erfolgen sollen, können nicht ausgemacht werden. Die organisatorische Ausgestaltung (Umsatzabhängiger Provisionsvertrieb über Handelsvertreter im Nebengewerbe) lässt eine Sicherstellung und Gewährleistung des Jugendschutzes offensichtlich nicht zu.

Warum diese Misstände?

Die traditionelle fiskalische Verlockung aus der monopolistischen Veranstaltung von öffentlichen Glücksspiel

zum einen leichte und zum anderen hohe Erträge für die Staatskasse zu erzielen, ist der Grund für die vielen in unproportionaler Freiheitsbeschränkung mündenden staatlichen Bevormundungen.

Die Erzielung von Einnahmen für die Staatskasse oder für die Förderung gemeinnütziger Zwecke durch die monopolistische Veranstaltung von öffentlichen Glücksspiel ist aus verfassungs- und europarechtlichen Gründen ausgeschlossen. Die Erzielung von Einnahmen für die Staatskasse kann zulässiger Weise nur „*erfreuliche Nebenfolge*“ sein. Also müssen andere Gründe herhalten, um die „*erfreuliche Nebenfolge*“ zur Realität zu bringen, hält man die Einnahmen aus einem staatlichen Glücksspielmonopol für unverzichtbar, wie von der Ministerpräsidentin Kraft im Zuge der Beratungen zum Staatsvertrag unmissverständlich zum Ausdruck gebracht worden ist („*Ich bin froh, dass die Regierungschefs zum Monopol stehen. Das ist wichtig für diejenigen, die von den Erlösen profitieren.*“ - vgl. „Länder prüfen Liberalisierung bei Sportwetten“ vom 22. Oktober 2010, unter www.welt.de).

Tragfähige Gründe für nachhaltige Beschränkungen sind der Rechtswissenschaft bekannt. Nur „*zwingende Gründe des Allgemeininteresses*“ erlauben nationalstaatliche Regelungen, die Eignung haben dürfen, Grund- und Freiheitsrechte auf höchster Ebene zu beschränken, beispielsweise die Berufs- und Gewerbefreiheit. Dies bedarf es für die Installation bzw. Beibehaltung eines staatlichen Glücksspielmonopols, das § 10 GlüStV bzw. Erster GlüÄndStV auch anordnet.

Wer also im Ergebnis die „*erfreuliche Nebenfolge*“ aus der staatsmonopolistischen Glücksspielveranstaltung wünscht, muss zur Zielerreichung zugkräftige „*Zwingende Gründe des Allgemeininteresses*“ anführen können und zwar für jede

Kategorie des Glücksspiels, von der Ziffernlotterie bis zum Roulette und es muss auch belegt sein, dass diese Ziele wirklich verfolgt werden.

Insbesondere im Bereich der Veranstaltung und Vermittlung von Ziffern- und Zahlenlotterien dürfte sich ein Staatsmonopol nicht rechtfertigen lassen, wenn man sich vergegenwärtigt, dass im Bereich der überwiegend als problembehafteten Glücksspiele wie Casinospiele, Spiel-Automaten und – via Experimentierklausel – Sportwetten private Veranstalter gerade zugelassen werden und in diesem, dem an sich suchtproblematischen Bereich, das staatliche Monopol nicht für erforderlich erachtet wird.

Von Lotterien gehen sucht-epidemisch die geringsten Gefahren aus, gleichwohl wird nur für diese faktisch ein staatliches Monopol angeordnet. Besondere Betrugsgefahren bei insbesondere der Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittlung (etwaige große Gewinnbeträge fließen ohnehin einem Treuhänder der Spieler zu), die Maßnahmen erlaubten die weiterreichen als ohnehin durch den Betrugsstrafatbestand abgedeckt, sind weder dargelegt noch ersichtlich. Gleichwohl wird die „gewerbliche Spielvermittlung“ durch den Gesetzesentwurf durch unverhältnismäßige Beschränkungen und Auflagen gegängelt und ein wirtschaftlicher Betrieb faktisch unmöglich gemacht. Hinzu kommen vorgesehene Eingriffsbefugnisse für die Behörden, die eine erhebliche, offensichtlich außer Verhältnis zum Anlass stehende grundrechtsbeeinträchtigende Intensität und Einschüchterungsqualität aufweisen.

Vor diesem Hintergrund ist der Regelungsansatz des Ersten Glücksspiel-Änderungsstaatsvertrag weder alternativlos, noch – wie sich bereits bei jüngsten Testkäufen und Erhebungen durch das Verhalten der Glücksspielaufsicht und der staatlichen

Veranstalter in den übrigen Vertragsländern zeigt - wird er sich als wirksames Gesetzeswerk erweisen können.

Ohnehin verwirklichen sich Gefahren für die Ausgabenseite der Verbraucher ohnehin erst dann, wenn Einsätze riskiert werden, die zur konkreten Lebenssituation außer Verhältnis stehen. Die Gefahr überhöhter, unsinniger und unverhältnismäßiger Ausgaben stellt sich nicht als spezifisches Problem des Lotteriewesens dar. Emotionen müssen vielfach und in allen Lebensbereichen „bezahlt“ werden. Der Rahmen der vom Staat zu beachtenden allgemeinen Handlungsfreiheit des Rechtssubjekts ist weit gesteckt. Zeigt der Staat im Bereich des Glücksspielwesens eine besondere Fürsorge für den Schutz des Bürgers, die in anderen Lebensbereichen nicht zu beobachten ist, dürfte indiziell ersichtlich sein, dass hintergründig andere Motive und Ziele verfolgt werden.

Bedenklich stimmen auch das grundlegende Fundamente des Demokratie und Rechtsstaats in Frage stellende Personenkontinuum im deutschen Glücksspielwesen. Der Personenkreis, der staatsvertragliche Inhaltsbestimmung vornimmt, weist große Kongruenzen mit dem Personenkreis auf, der später den Vollzug steuert und den Inhalt der Evaluierung festlegt und von den erwarteten Erlösen maßgeblich profitiert. Die Legislative – am Entstehen des Staatsvertrages nicht beteiligt - unterliegt dem Zwang einer – diesmal tatsächlich alternativlosen - „Alles oder Nichts“ – Entscheidung.

Der Landtag läuft Gefahr, aus Gründen als unverzichtbar angesehener Staatseinnahmen bewegt zu sein, ein Gesetzeswerk zu verabschieden, das wegen seiner inneren Widersprüchlichkeiten und dem sich zeigenden und zu erwartenden Verhalten des staatlichen Veranstaltungs- und

Durchführungswesen und der Glücksspielaufsicht den europa- und verfassungsrechtlichen Hürden nicht gewachsen sein wird.

Damit besteht eine unmittelbare Gefahr, dass vorhersehbar rechtswidrige Grundrechtspositionen verletzende Akte staatlichen Handelns in Kauf genommen werden.

Werberecht

Die mit dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag einhergehende Änderung des Werberechts macht den Staatsvertrag bereits in erheblicher Weise für Einreden mangelnder Kohärenz anfällig.

Die vorgenommene Veränderung des Werberechts birgt die Gefahr, dass das Glücksspielwesen künftig ohne hinreichend konkrete Werberegelungen wahrgenommen wird. Dies wäre nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein „KO“-Kriterium für staatsmonopolistische Anordnungen (vgl. BVerfG, 1 BvR 1054/01 vom 28.3.2006, Absatz-Nr. 150 ff).

Hatte sich das Werberecht des GlüStV noch an den Vorgaben des Bundesgerichtshofs und denen des Europäischen Gerichtshofs orientiert, so bleibt davon im Änderungsstaatsvertrag nichts, allenfalls wenig übrig.

Die Kernaussage des Bundesverfassungsgerichts zu den Grenzen der Werbung für öffentliches Glücksspiel für den Fall der Anordnung eines staatlichen Monopols lautete:

Werbung, die über sachliche Informationen zur Art und Weise der Wettmöglichkeit hinausgehend gezielt zum Wetten auffordert ist untersagt.

Dementsprechend war die Grundregel für das Werberecht des Glücksspielwesens auch in § 5 Abs. 1 GlüStV wie folgt formuliert:

Werbung für öffentliches Glücksspiel hat sich zur Vermeidung eines Aufforderungscharakters bei Wahrung des Ziels, legale Glücksspielmöglichkeiten anzubieten, auf eine Information und Aufklärung über die Möglichkeit zum Glücksspiel zu beschränken.

Diese Regelung wurde vom Bundesverfassungsgericht gebilligt. Aus *„der Zielsetzung des Staatsvertrags, dem sachlichen Zusammenhang der Vorschriften mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 115, 276 <314, 318>) sowie den Materialien zu dem Staatsvertrag“* ließen *„sich Zweck und Inhalt (Anm.: der Werbeverbote) ausreichend ermitteln und objektive Kriterien gewinnen, die eine willkürliche Handhabung durch die Behörden und Gerichte“* ausschließen (so BVerfG, 1 BvR 928/08 vom 14.10.2008, Absatz-Nr. 26).

Die Grundregel für die Werbung für öffentliches Glücksspiel im Regelungsansatz des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages lehnt sich sehr stark an die Formulierung an, die bereits im Lotteriestaatsvertrag gewählt worden war. Sie lautet im Erster GlüÄndStV:

(1) Art und Umfang der Werbung für öffentliches Glücksspiel ist an den Zielen des § 1 auszurichten.

(2) Sie darf sich nicht an Minderjährige oder vergleichbar gefährdete Zielgruppen richten. Irreführende Werbung für öffentliches Glücksspiel, insbesondere solche, die unzutreffende Aussagen über die Gewinnchancen oder Art und Höhe der Gewinne enthält, ist verboten.

Zu der weitgehend gleichen Regelung im seinerzeitigen

Lotteriestaatsvertrag (2002)

(1) Die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen muss mit den Zielen des § 1 in Einklang stehen.

(2) Die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen darf den Erfordernissen des Jugendschutzes nicht zuwiderlaufen. Die Teilnahme von Minderjährigen ist unzulässig.

(3) Art und Umfang der Werbemaßnahmen für Glücksspiele müssen angemessen sein und dürfen nicht in Widerspruch zu den Zielen des § 1 stehen. Die Werbung darf nicht irreführend sein, insbesondere nicht darauf abzielen, unzutreffende Vorstellungen über die Gewinnchancen hervorzurufen.

(4) Die Veranstalter, Durchführer und die gewerblichen Spielvermittler haben Informationen über Spielsucht, Prävention und Behandlungsmöglichkeiten bereitzuhalten.

hatte das Bundesverfassungsgericht ausgeführt (BVerfG, 1 BvR 1054/01 vom 28.3.2006, Absatz-Nr. 131):

Zwar bestimmt § 4 des Lotteriestaatsvertrags über den allgemeinen Verweis auf die Ziele des § 1 des Lotteriestaatsvertrags hinaus, dass die Veranstaltung, Durchführung und gewerbliche Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen den Erfordernissen des Jugendschutzes nicht zuwiderlaufen und Werbemaßnahmen nach Art und Umfang nicht irreführend und unangemessen sein dürfen sowie dass seitens der Veranstalter, Durchführer und gewerblichen Spielvermittler Informationen über Spielsucht, Prävention und Behandlungsmöglichkeiten bereitzuhalten sind. Dies gewährleistet jedoch allein noch nicht eine Begleitung des Wettangebots durch aktive Maßnahmen zur Suchtbekämpfung

und zur Begrenzung der Wettleidenschaft. Vor allem die Anforderungen an Werbemaßnahmen zielen letztlich nur auf die Verhinderung von grundsätzlich unlauterer oder im Einzelfall übertriebener Werbung, verhindern aber keine ausschließlich am Ziel expansiver Vermarktung orientierte Werbung.

Dementsprechend heißt es in der

Empfehlung (4/2012) des Fachbeirats nach § 10 Abs. 1 Satz 2 GlüStV i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 2 VwVGlüStV vom 16. Februar 2012

"Es wird festgestellt, dass der Erste GlüÄndStV in § 5 keine besonderen Beschränkungen, die über die allgemeinen Regelungen in anderen Gesetzen (z.B. UWG) hinausgehen, vorsieht. Da es dementsprechend keine glücksspielspezifischen Werbevorschriften gibt, bedarf es auch keiner konkretisierenden Richtlinien."

Damit meint der Fachbeirat die Regelung in § 5 Abs. 4 Erster GlüÄndStV, die lautet:

(4) Die Länder erlassen gemeinsame Richtlinien zur Konkretisierung von Art und Umfang der nach den Absätzen 1 bis 3 erlaubten Werbung (Werberichtlinie). Sie stützen sich auf die vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnisse zur Wirkung von Werbung auf jugendliche sowie problematische und pathologische Spieler. Vor Erlass und wesentlicher Änderung der Werberichtlinie ist den beteiligten Kreisen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. § 9a Abs. 6 bis 8 ist entsprechend anzuwenden. Die Werberichtlinie ist in allen Ländern zu veröffentlichen.

In der Begründung zu dieser Vorschrift heißt es:

Bei der Regelung handelt es sich um eine normkonkretisierende Verwaltungsvorschrift mit Bindungswirkung auch für die Gerichte. Durch die weitgehende Ausdifferenzierung der zugelassenen Werbung nach den Absätzen 1 bis 3 wird dem verfassungsrechtlichen Erfordernis an dem Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung getragen.

Es spricht nach dem Judikat des Bundesverfassungsgerichts einiges dafür, dass diese Begründung von nachhaltigem Rechtsirrtum beeinflusst ist, weil sie die Bedeutung der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes verkennt. Die darauf basierende Wesentlichkeitstheorie wurde vom Bundesverfassungsgericht entwickelt und besagt, dass im Bereich der untergesetzlichen Normsetzung „wesentliche Entscheidungen“ durch das Parlament selbst getroffen werden müssen. Ermächtigt der Gesetzgeber die Verwaltung zum Erlass von Rechtsverordnungen oder von autonomen Satzungen, so darf er die wesentlichen Entscheidungen nicht an die Verwaltung delegieren.

Diese verfassungsrechtlichen Rechtsgrundsätze, die sich in der Landesverfassung NRW in Artikel 70 widerspiegeln, können nicht dadurch umgangen werden, indem ein Gesetz absichtlich unpräzise gefasst wird, um dann unter Geltendmachung eines vermeintlichen Expertenwissens der Exekutive den Erlass von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften zu legitimieren.

Insoweit handelt es sich auch nicht um die Konkretisierung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, wie etwa „Stand der Technik“, der durch die Verwaltung vorgenommen werden soll, sondern, wie sich indes an den behördlichen Entwürfen der Werberichtlinie zeigt, um die Formulierung eines abstrakt generellen Regelungswerkes nach Art eines Gesetzes bzw. einer Rechtsverordnung. Es erscheint

vorhersehbar, dass das verfassungsrechtliche Obligo, das schon bei Verordnungsermächtigungen gilt, nämlich Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung zu bestimmen, nicht wie mit der Regelung des Werberechts unternommen, umgangen werden kann.

Da Werbeverbote wegen der damit einhergehenden Beschränkung der Meinungsfreiheit auch Art. 5 GG berühren, bestehen auch insofern verfassungsrechtliche Bedenken, der Verwaltung bei der inhaltlichen Ausgestaltung praktisch freie Hand zu geben.

Es kann davon ausgegangen werden, dass jedenfalls dann, wenn eine Außenwirkung der Werberichtlinie spürbar wird, Verfahren entsprechend § 47 VwGO (siehe hierzu BVerwG 5CN1.03) in solchen Ländern, in denen dies gesetzlich vorgesehen ist eingeleitet werden, so dass im Erfolgsfalle solcher Verfahren, effektive Regelungen zur Kontrolle der Vermarktung von öffentlichen Glücksspiel vom EuGH nicht mehr festgestellt werden könnten. Dies bedeutete bereits das verfassungs- und europarechtliche „Aus“ des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages.

Die Regelungen zur Werbung im Glücksspieländerungsstaatsvertrag können damit als Achillesferse und europarechtlicher Stolperstein des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages bezeichnet werden.

Beschränkungen zu Testkäufen für Minderjährige

§ 11 S.3 AG NRW GlüÄndStV – Entwurf- sieht vor, dass

Testkäufe oder Testspiele mit minderjährigen Personen nur

durch die Glücksspielaufsichten (...) durchgeführt werden.

Diese Norm hat den Gesetzeszweck konterkarierende Eigenschaften.
Sie ist verfassungswidrig.

Ausweislich der Begründung (S. 39 Drucksache 16/17) wird geltend gemacht, dass mit dieser Regelung eine „Regelungslücke hinsichtlich der Testkäufe und Testspiele mit minderjährigen Personen“ geschlossen werde. „Die Durchführung“ werde „ausschließlich auf die Glücksspielaufsichtsbehörden oder einen von ihnen beauftragten Dritten begrenzt“. Damit seien „Testkäufe z.B. durch den Veranstalter (..) oder sonstige Dritte ausgeschlossen“. Anderenfalls könnten „diese selbst zu einer ordnungswidrigen Tat anstiften ohne z.B. zugleich rechtlich die Befugnis zu haben, den durch den minderjährigen Testkäufer erworbenen Spielschein einzuziehen“.

Bei der Durchführung der Testkäufe durch eine Behörde könne „besser gewährleistet werden, dass die jugendliche Testperson tatsächlich nicht am Glücksspiel teilnimmt und die Anforderungen an den Jugendschutz eingehalten werden“.

Einst galt hinsichtlich der Beteiligung von Jugendlichen an öffentlichen Lotterien lediglich der sog. zivilrechtliche „Taschengeldparagraph“. Mit dem Inkrafttreten des Lotteriestaatsvertrag sollte die Beteiligung von Minderjährigen am öffentlichen Glücksspiel ausgeschlossen werden. Unter Geltung des Glücksspielstaatsvertrages wurde das Teilnahmeverbot für Minderjährige zu einer Gewährleistungs- und Sicherstellungsverpflichtung erweitert.

Mit Urteil vom 31.07.202 hat das Oberlandesgericht Hamm die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co oHG, Münster und seinen ehemaligen Geschäftsführer zur Unterlassung der Ermöglichung der Beteiligung Minderjähriger am öffentlichen Glücksspiel verurteilt. Im

Urteil wird festgestellt, dass der Geschäftsführung aus bereits vor 2009 vorangegangenen mehrfachen Vorfällen, gleichgelagerte Verstöße bekannt waren. Erst 2012 ist es aber zu einer gerichtlichen Verurteilung gekommen. Selber räumt die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co oHG ein, dass ihr aufgrund eigener Testkäufe auch Verstöße bekannt geworden sind.

Dass die nordrhein-westfälische Glücksspielaufsicht allerdings bis heute ordnungsbehördliche Sanktionsmaßnahmen wegen mangelndem Minderjährigenschutz ergriffen bzw. vollzogen hat, ist indes nicht bekannt geworden und auch nicht wahrscheinlich, da die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co oHG trotz der bekannt gewordenen Verstöße noch am Markt tätig ist. Dies, obwohl Erlaubnisvoraussetzung für die Veranstaltung und Durchführung des öffentlichen Glücksspiels ist, dass die Einhaltung der Jugendschutzanforderungen „sichergestellt“ ist (vgl. § 4 Abs. 1 Nr. 2 AG GlüStV NRW).

Offenbar befürchtet die Landesregierung, dass – entgegen der gesetzlichen Verpflichtung - ihre Beauftragte, die Westdeutsche Lotterie GmbH & Co oHG, den Sicherstellungsauftrag nicht erfüllen kann, ohne Maßnahmen zu ergreifen, die insoweit umsatzschwächend sind, weil sich ohne organisatorische Veränderungen das Ziel des Minderjährigenschutzes nicht hinreichend sicher erreichen läßt. Daher will sich die Landesregierung offenbar lieber nur von einer ihr unterstehenden und weisungsabhängigen Mittelbehörde insoweit „kontrollieren“ lassen. Auch hierin liegt ein Indiz für strukturelle Schwächen der Anordnung des Monopols.

In der lauterkeitsrechtlichen Rechtsprechung ist bundesrechtlich die grundsätzliche Zulässigkeit von Testkäufen „in Beton“ gegossen (vgl. Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG 30. Auflage 2012 Rn 10.161).

Der Gewerbetreibende, der sich mit seinem Angebot an die Öffentlichkeit wendet, muss solche Maßnahmen im Interesse der

Allgemeinheit und der betroffenen Mitbewerber dulden, sofern sich der Tester wie ein normaler Nachfrager verhält.

Nur bei Einsatz verwerflicher Mittel oder einer Gefahr für Betriebsstörungen sind Testmaßnahmen unlauter.

Wegen Verstößen gegen das Sicherstellungsgebot von Jugendschutzmaßnahmen staatlicher Veranstalter gibt es inzwischen zahlreiche Entscheidungen, u.a. der Oberlandesgerichte München, Brandenburg, Berlin (Kammergericht), Schleswig, Hamm, und Koblenz.

In Hessen und Baden-Württemberg liegen erstinstanzliche Untersagungsentscheidungen vor.

Allen Gerichtsentscheidungen liegen von Verbänden oder Marktteilnehmern beauftragte Testkaufserien mit Minderjährigen zugrunde. Der für Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des Bundesgerichtshof, hat die auf Basis von Minderjährigen-Testkäufen im Bereich des Glücksspielwesens erfolgte Verurteilung des OLG Koblenz als Folge seiner insoweit gefestigten Rechtsprechung unbeanstandet gelassen und die Verurteilung auf Basis privatrechtlich vorgenommener Minderjärgentestkäufe bestätigt.

Eine zu Alkoholeinkäufen vereinzelt von Landgerichten vertretene Rechtsauffassung, aufgrund der Gefahr, dass eine minderjährige Testkaufperson durch den Testkauf in den Besitz von Alkohol gelange und es so zum Alkoholmissbrauch kommen könne, seien diese unzulässig, läßt sich weder allgemein noch speziell auf das Glücksspielwesen übertragen. Dieser Versuch wird im hiesigen Gesetzgebungsverfahren aber unternommen.

Eine Vermögensgefährdung Minderjähriger ist schon nicht zu besorgen, weil der Spieleinsatz nicht aus Mitteln der minderjährigen Person bestritten wird. Weitergehende ernsthafte Gefahren sind

ohnehin nicht ersichtlich, insbesondere wenn die Erziehungsberechtigten der Minderjährigen der Tätigkeit zugestimmt haben.

So hat das Landgericht Stuttgart im Urteil vom 13.08.2012 – Az.: 34 O 19/11 KfH zur Zulässigkeit der insgesamt 80 durchgeführten Minderjährigen-Testkäufe ausgeführt:

„Testkäufe sind grundsätzlich zulässig. Gegen die Durchführung von Testkäufen bestehen jedenfalls dann keine Bedenken, wenn sie nicht unter Einsatz verwerflicher Mittel stattfinden; anders könnte der Rechtsbruch nicht bewiesen werden.“

Nachhaltiges Einwirken auf das Einhalten der sich aus der Glücksspielgesetzgebung ergebenden Pflichten lassen sich effektiv nur durch Testkäufe erreichen.

Da die beabsichtigte Regelung Wettbewerber und Testkaufinstitute in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigt und sachlich hinreichende Gründe für diese Beeinträchtigung nicht ersichtlich sind, liegt in der Regelung ein nicht gerechtfertigter Grundrechtseingriff.

Bonn, den 04.09.2012

Boris Hoeller
Rechtsanwalt