

# *Staatliches Glücksspielmonopol auf dem Prüfstand*

*Kohärenz- und Konsistenzdefizite  
im neuen Spielrecht der Länder*

Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Peter Schneider  
Direktor des Deutschen Instituts  
für Föderalismusforschung e.V. (DIF),  
Hannover

*Sonderdruck*

**WIRTSCHAFT  
UND  
VERWALTUNG**

**THEMENHEFT ZUM GEWERBEARCHIV**

**3/2014**

*Gildebuchverlag*



## **Staatliches Glücksspielmonopol auf dem Prüfstand. Kohärenz- und Konsistenzdefizite im neuen Spielrecht der Länder**

### **I. Problemstellung**

Wenn Staaten – in diesem Fall die Länder – erwerbswirtschaftlich handeln und dabei zugleich Private von einer solchen unternehmerischen Tätigkeit am Markt ausschließen, spricht man von einem Monopol. Auf dem Gebiet des Glücks- und Gewinnspielwesens besteht in Deutschland ein solches Monopol der öffentlichen Hand für Lotterien und Sportwetten, während andere Spiele, vor allem Geld- oder Warengewinnspiele, (auch) privat betrieben werden können. Für die grundsätzlich statthafte Gewerbetätigkeit bedarf es jedoch einer besonderen Erlaubnis. Weil staatliche Monopole im Prinzip nur zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben errichtet werden dürfen, die Veranstaltung von Glücksspielen als solche aber nicht Sache des Staates ist, stellt dieses Monopol stets einen Eingriff in Grundrechte dar, namentlich in das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) sowie auf europäischer Ebene in die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und in die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV). Dieser Eingriff ist durch übergeordnete Belange der Allgemeinheit zu rechtfertigen<sup>1</sup>. Zur Frage, welcher Art und Tragweite diese Rechtfertigungsgründe sein müssen, existiert eine inzwischen gefestigte höchstrichterliche Judikatur, derzufolge ausschließlich die Bekämpfung der Spielsucht und der Schutz von Jugendlichen im Zentrum der gesetzlichen Ausgestaltung des Glücks- und Gewinnspielwesens zu stehen haben (II.). Diese Ziele vermögen das staatliche Glücksspielmonopol jedoch nur dann zu legitimieren, wenn sie gesetzlich nicht nur „kohärent“ und „konsistent“ verfolgt, sondern in der Verwaltungspraxis auch „konsequent“ umgesetzt werden. Dabei geht es um eine „Kohärenz“ sowohl innerhalb (III.) als auch außerhalb (IV.) des Monopols (sog. vertikale Kohärenz) und nicht zuletzt um die konsequente Verfolgung jener Ziele im gesamten Bereich des öffentlichen Glücks- und Gewinnspielwesens (sog. horizontale [oder Gesamt-] Kohärenz) (V.). Mit dem Erreichen und Durchsetzen des Kohärenz- und Konsistenzziels in den einzelnen Sparten des Glücks- oder Gewinnspiels steht und fällt demnach das gesamte staatliche Glücksspielmonopol. Ob und inwieweit dies den Ländern mit den jüngsten Neuregelungen über Glücks- und Gewinnspiele, namentlich mit dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 15.12.2012 (Erster GlüÄndStV) gelungen ist<sup>2</sup>, versucht der folgende Beitrag zu klären.

### **II. „Kohärenz“ und „Konsistenz“ in der Rechtsprechung**

Mit dem Erfordernis „kohärenter“ oder „konsistenter“ bzw. „konsequenter“ Regelungen innerhalb und außerhalb des staatlichen Glücksspielmonopols haben sich in letzter Zeit sowohl das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) als auch der Europäische Gerichtshof (EuGH) mehrfach beschäftigt und sind zu überraschend ähnlichen, fast einmütigen Ergebnissen gelangt<sup>3</sup>.

\* Der Autor, emeritierter Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht der Leibniz Universität Hannover, ist Geschäftsführender Direktor des Deutschen Instituts für Föderalismusforschung e.V.

<sup>1</sup> Vgl. *Hans-Peter Schneider*, Berufsfreiheit, in: Merten/Papier, Handbuch der Grundrechte (HGR), § 113 (Band V), Heidelberg 2013, Rn. 121, S. 167 f.

<sup>2</sup> Dazu *Jörg Ennuschat*, Der neue Glücksspielstaatsvertrag auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, in: ZfWG 2012, 305-314; *Alexander Windoffer*, Der neue Glücksspielstaatsvertrag: Ein wichtiger Beitrag zur Gesamtkohärenz des deutschen Regulierungsregimes, in: GewArch 2012, S. 388-392; *Ilmo Gebhardt/Dirk Postel*, Der weite Weg zur Kohärenz – Erste Anmerkungen zum neuen Glücksspielstaatsvertrag (Teil 1), in: ZfWG 2012, S. 1-12.

<sup>3</sup> Vgl. *Annette Marberth-Kubicki/Wulf Hambach/Bernd Berberich*, Aktuelle Entwicklungen im deutschen Glücksspielrecht, in: K&R 2012, S. 27-30; *André Lippert*, Glücksspielrecht – nationale und europarechtliche Grundlagen, in: JA 2012, S. 124-128.

### 1. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

a) Das BVerfG hat sich schon in den sechziger und siebziger Jahren zweimal mit Fragen des Glücksspiels beschäftigt. Im ersten Fall ging es um die Vergnügungssteuer für das Bereithalten von „Apparaten mit Gewinnmöglichkeit“ auf Vorlagen des OVG Münster. Die Kläger in den Ausgangsverfahren machten schon damals geltend, dass die in Nordrhein-Westfalen erhobene Pauschalsteuer, bemessen nach dem Erstan-schaffungspreis eines Spielgerätes, das Aufstellergewerbe diskriminiere, erdrossle und im Übrigen auch gegen Art. 12 und 14 GG verstoße. Das BVerfG wies diese Argumente in seinem Teilurteil vom 10.05.1962 (Az. 1 BvL 31/58) zurück. Es handele sich bei dieser Besteuerung lediglich um eine Berufsausübungsregelung im Sinne von Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG, die durch Gemeinwohlgründe gerechtfertigt sei und die Geräteaufsteller auch nicht übermäßig belaste<sup>4</sup>. Der zweite Fall betraf das Spielbankenrecht. Auf Vorlage des Arbeitsgerichts Frankfurt a.M. hatte das BVerfG über die Frage der Rechtsnatur von Spielbanken zu entscheiden und sie im Ergebnis dem Recht zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zugeordnet, für das die Länder zuständig seien. Schon in diesem Beschluss vom 18.03.1970 (Az. 2 BvO 1/65) betrachtete das BVerfG zwar nicht die Gründung einer Spielbank selbst, wohl aber den Hauptzweck ihrer Konzessionierung als „öffentliche Aufgabe“, die darin bestehe, „das illegale Glücksspiel um Geld einzudämmen und dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen“<sup>5</sup>.

b) Die Leitentscheidung des BVerfG zu Spielbanken aus dem Jahr 2000 betraf eine Regelung im baden-württembergischen Spielbankengesetz von 1995, nach der öffentliche Spielbanken nur dann in einer Rechtsform des privaten Rechts betrieben werden durften, wenn sämtliche Anteile unmittelbar oder mittelbar vom Land gehalten werden. Dagegen erhoben private Gesellschafter der die Spielbanken in Baden-Baden und Konstanz führenden GmbH & Co KG Verfassungsbeschwerde und rügten die Verletzung ihres Grundrechts auf Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). § 1 Abs. 3 baden-württembergisches Spielbankengesetz wirke wie eine objektive Berufszulassungsvoraussetzung, die allerdings im Falle von Spielbanken schon dann zulässig sei, wenn wichtige Gemeinschaftsbelange verfolgt würden und dies unter strikter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geschehe. Denn der Betrieb einer Spielbank sei „eine an sich unerwünschte Tätigkeit, die der Staat gleichwohl erlaubt, um das illegale Glücksspiel einzudämmen, dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen und dadurch die natürliche Spielleidenschaft vor strafbarer Ausbeutung zu schützen“. Dieses legitime Regelungsziel könne „zugunsten von Grundrechtsbeschränkungen der hier in Rede stehenden Art selbst dann angeführt werden ..., wenn es zur Rechtfertigung solcher Beschränkungen des Schutzes überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter bedürfte“<sup>6</sup>. Die angegriffene Regelung genüge jedoch nicht den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips. Sie sei zwar ge-

<sup>4</sup> BVerfGE 14, 76 (100 f.).

<sup>5</sup> BVerfGE 28, 119 (148).

<sup>6</sup> BVerfGE 102, 197 (215 f.). Noch klarer im Nichtannahmebeschluss der 1. Kammer des 1. Senats des BVerfG vom 26.03.2007 – 1 BvR 2228/02 –, Rn. 36: „Die Bekämpfung von Spiel- und Wertsucht, der Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften und ein weitergehender Verbraucherschutz sowie die Abwehr von Gefahren aus mit dem Spiel verbundener Folge- und Begleitkriminalität sind besonders bedeutsame Gemeinwohlziele, die eine Beschränkung der Berufsfreiheit grundsätzlich rechtfertigen können“. Die gesetzliche Errichtung eines staatlichen Spielbankenmonopols sei nicht nur ein geeignetes Mittel zur Erreichung dieser Ziele; der Gesetzgeber habe im Rahmen seines Beurteilungs- und Prognosespielraums auch von dessen Erforderlichkeit ausgehen können. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne sei jedoch nur gewahrt, wenn das auf diese Weise errichtete Monopol „konsequent auf das Ziel der Bekämpfung von Spielsucht und problematischem Spielverhalten ausgerichtet ist“ (Rn. 48; Herv.d.Verf.).

eignet, die genannten Ziele zu erreichen, aber schon nicht erforderlich, weil es weniger belastende Alternativen gäbe. Vor allem sei sie jedoch wegen ihrer weitreichenden Folgen für rein private Unternehmen unverhältnismäßig im engeren Sinne, weil bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit nicht mehr gewahrt sei<sup>7</sup>. An diesem Beschluss zeigt sich deutlich, wie eng nach Ansicht des BVerfG ein staatliches Spielbankmonopol mit dem Ziel des Spielerschutzes verbunden wird und wie stark sein Bestand vom tatsächlichen Erreichen dieses Zieles abhängt.

c) Zum staatlichen Sportwettenmonopol hat sich das BVerfG ebenfalls in einer Leitentscheidung vom 28.03.2006 geäußert (sog. ODDSET-Urteil)<sup>8</sup>. Auch hier rügten die Beschwerdeführer als Veranstalter oder Vermittler von Sportwetten, bei denen sie sich gegenüber den Wettteilnehmern für den Fall der richtigen Vorhersage des Ergebnisses eines zukünftigen Sportereignisses zur Vervielfachung des Wetteinsatzes mit einer festen Gewinnquote verpflichten, eine Verletzung ihres Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG und waren damit erfolgreich. Der bayerische Gesetzgeber hatte das von ihm errichtete staatliche Monopol für Sportwetten nicht hinreichend konsequent am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet. Dieses Ziel sei durch ein staatliches Wettmonopol allein noch nicht gesichert. Ein Monopol könne auch fiskalischen Interessen des Staates dienen und damit in ein Spannungsverhältnis zur Zielsetzung geraten. Eine konsequente und wirkliche Ausrichtung des Wettmonopols an der Bekämpfung und Begrenzung von Wertsucht und problematischem Spielverhalten müsse sich daher in der rechtlichen wie tatsächlichen Ausgestaltung des Wettmonopols positiv ausdrücken. Das Wettangebot müsse stets durch aktive Maßnahmen der Suchtbekämpfung und zur Begrenzung der Wettleidenschaft begleitet werden. Zu den erforderlichen Regelungen gehörten inhaltliche Kriterien hinsichtlich Art und Zuschnitt der Sportwetten sowie Vorgaben zur Beschränkung ihrer Vermarktung. Die Werbung für das Wettangebot habe sich zur Vermeidung eines Aufforderungscharakters bei Wahrung des Ziels, legale Wettmöglichkeiten anzubieten, auf eine Information und Aufklärung über die Möglichkeit zum Wetten zu beschränken. Geboten seien auch Maßnahmen zur Abwehr von Suchtgefahren, die über das bloße Bereithalten von Informationsmaterial hinausgingen. Die Vertriebswege seien so auszuwählen und einzurichten, dass Möglichkeiten zur Realisierung des Spieler- und Jugendschutzes genutzt würden. Schließlich habe der bayerische Gesetzgeber die Einhaltung dieser Anforderungen durch geeignete Kontrollinstanzen sicherzustellen, die eine ausreichende Distanz zu den fiskalischen Interessen des Staates aufwiesen<sup>9</sup>. Unter ausdrücklichem Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH<sup>10</sup> stellte das BVerfG schließlich fest, dass „die Anforderungen des deutschen Verfassungsrechts parallel zu den vom EuGH zum Gemeinschaftsrecht formulierten Vorgaben“ laufen<sup>11</sup>.

Das in diesem Leiterteil zur Rechtfertigung eines staatlichen Sportwettenmonopols entwickelte „Konsequenzgebot“ in der Erreichung und Durchsetzung der Ziele der Suchtbekämpfung und des Spielerschutzes ist nachfolgend in zahlreichen Kammerentscheidungen des BVerfG bestätigt und fortgebildet worden. Meist handelte es sich dabei um Nichtannahmebeschlüsse von Verfassungsbeschwerden gegen Ent-

<sup>7</sup> Ebenda, S. 220.

<sup>8</sup> BVerfGE 115, 276 ff.

<sup>9</sup> BVerfGE 115, 276 (310 ff., 314 ff., 317 ff.).

<sup>10</sup> EuGH, Urteil v. 06.11.2003 – C 243/01 – *Gambelli u.a.*, Slg. 2003, I-13076, Rn. 62.

<sup>11</sup> BVerfGE 115, 276 (316 f.). Vgl. dazu auch die Nichtannahmebeschlüsse v. 19.10.2006 – 2 BvR 2023/06 – (WM 2006, 2326-2328) und v. 21.11.2008 – 1 BvR 2399 – (BVerfGK 14, 434-439) in Bezug auf eine für verfassungswidrig gehaltene Regelung für die Übergangszeit und den stattgebenden Kammerbeschluss v. 22.11.2007 – 1 BvR 2218/06 – (WM 2008, 274-276) für die Zeit bis zum Urteil v. 28.03.2006 (BVerfGE 115, 276 ff.).

scheidungen von Verwaltungs- oder Strafgerichten aus anderen Ländern (Baden-Württemberg<sup>12</sup>, Nordrhein-Westfalen<sup>13</sup>, Sachsen-Anhalt<sup>14</sup>, Berlin<sup>15</sup>, Thüringen<sup>16</sup>, Niedersachsen<sup>17</sup>) oder um Ablehnungen von Anträgen auf Erlass einstweiliger Anordnungen wegen angeblicher Verfassungswidrigkeit der Übergangsregelungen in einigen Ländergesetzen (Bayern<sup>18</sup>, Nordrhein-Westfalen<sup>19</sup>). In all diesen Fällen wiederholte und präziserte das Gericht das „Konsequenzgebot“, wonach der Staat stets „ein Mindestmaß an Konsistenz zwischen dem Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wertsucht einerseits und der tatsächlichen Ausübung seines Monopols andererseits herzustellen hat“<sup>20</sup>. Nur unter diesen Bedingungen sowie unter der Voraussetzung, dass ein solches Mindestmaß an Konsistenz „tatsächlich hergestellt ist“<sup>21</sup>, könne ein Vermittlungsverbot für Private als verfassungsrechtlich gerechtfertigt angesehen werden. Es seien Regelungen erforderlich, „die eine konsequente und aktive Ausrichtung des ... zulässigen Sportwettangebots am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und der Bekämpfung der Wertsucht materiell und strukturell gewährleisten“<sup>22</sup>. Daher müsse ein staatliches Wettmonopol „nicht nur nach den zu seiner Rechtfertigung angeführten Zielen, sondern auch in seiner konkreten Ausgestaltung der Vermeidung und Abwehr von Spielsucht und problematischem Spielverhalten dienen“<sup>23</sup>.

Damit wurden zugleich Argumente von Beschwerdeführern widerlegt, die sie zur Begründung einer Vorlagepflicht an den EuGH vorgetragen hatten, das europäische Gemeinschaftsrecht stelle im Unterschied zum deutschen Recht vor allem auf ein tatsächliches Ausgestaltungs- und Anwendungsdefizit ab, nicht aber auf ein gesetzliches Regelungsdefizit. „Diese Auslegung steht der vom BVerfG (vgl. BVerfG, 28.03.2006 – 1 BvR 1054/01 –, BVerfGE 115, 276) angenommenen Parallelität der verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an die Rechtfertigung eines staatlichen Wettmonopols nicht entgegen“<sup>24</sup>. Zusammenfassend ist also festzustellen, dass nach Ansicht des BVerfG zur Rechtfertigung eines staatlichen Wettmonopols Regelungen erforderlich sind, die 1. das Ziel einer Bekämpfung der Wett- und Spielsucht und einer Begrenzung der Wettleidenschaft konsequent und konsistent verfolgen, 2. in ihrer konkreten Ausgestaltung eine aktive Ausrichtung an diesem Ziel materiell und strukturell gewährleisten und 3. bei ihrer praktischen Anwendung in Ausübung des Monopols dieses Ziel auch tatsächlich erreichen.

## 2. Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs

a) Zu Fragen eines staatlichen Glücksspielmonopols hat der EuGH u.a. vor allem in drei Entscheidungen Stellung genommen, die zu ganz ähnlichen Ergebnissen

<sup>12</sup> BVerfG, Beschluss v. 04.07.2006 – 1 BvR 138/05 – (WM 2006, 1644-1646).

<sup>13</sup> BVerfG, Beschlüsse v. 02.08.2006 – 1 BvR 2677/04 – (WM 2006, 1646-1647), v. 07.12.2006 – 2 BvR 2428/06 – (WM 2007, 183-186) und v. 27.11.2008 – 1 BvR 2450/06 – (BVerfGK 14, 450-455).

<sup>14</sup> BVerfG, Beschluss v. 18.12.2006 – 1 BvR 874/05 – (WM 2007, 473-474).

<sup>15</sup> BVerfG, Beschluss v. 27.12.2007 – 1 BvR 3082/06 – (WM 2008, 375-376).

<sup>16</sup> BVerfG, Beschluss v. 21.01.2008 – 1 BvR 2320/00 – (WM 2008, 566-567).

<sup>17</sup> BVerfG, Beschlüsse v. 20.03.2009 – 1 BvR 2410/08 – (BVerfGK 15, 263-276) und v. 15.04.2009 – 2 BvR 1496/05 – (BVerfGK 15, 330-340).

<sup>18</sup> BVerfG, Beschluss v. 21.09.2006 – 1 BvR 2399/06 – (WM 2006, 2104-2105).

<sup>19</sup> BVerfG, Beschluss v. 28.09.2006 – 1 BvR 2450/06 – (WM 2006, 2325-2326).

<sup>20</sup> So bereits BVerfGE 115, 276 (319) in st.Rspr.; ebenso BVerfG, Stattgebende Kammerbeschlüsse v. 22.11.2007 – 1 BvR 2218/06 – (WM 2008, 274-276) und v. 27.11.2008.

<sup>21</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 27.11.2008 – 1 BvR 2450/06 – (BVerfGK 14, 450-455).

<sup>22</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 04.07.2006 – 1 BvR 138/05 – (WM 2006, 1644-1646); ähnlich auch die Nichtannahmebeschlüsse v. 21.01.2008 – 1 BvR 2320/00 – (WM 2008, 566-567).

<sup>23</sup> BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss v. 15.04.2009 – 2 BvR 1496/05 – (BVerfGK 15, 330-340) unter Hinweis auf BVerfGE 115, 276 (309 ff.).

<sup>24</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss v. 27.12.2007 – 1 BvR 3082/06 – (WM 2008, 375-376).

gelangen wie das BVerfG<sup>25</sup>. Prüfungsmaßstab war hier – im Hinblick auf eine dadurch errichtete Marktzugangshürde – die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV)<sup>26</sup>. Der EuGH sprach auch nicht von Konsequenz oder Konsistenz in Bezug auf die Verfolgung der Suchtbekämpfungsziele, sondern von „Kohärenz“ und „Transparenz“<sup>27</sup>. Das erste Urteil vom 06.11.2003 in der Rechtssache C-243/01 (*Gambelli u.a.*)<sup>28</sup> verweist zunächst auf frühere Entscheidungen des Gerichts, wonach Beschränkungen jener Rechte aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sowie geeignet sein müssen, die mit ihnen verfolgten Ziele zu gewährleisten. Außerdem dürfen sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung der Ziele erforderlich ist. Schließlich müssen die Beschränkungen in nicht diskriminierender Weise angewandt werden. Der Sache nach orientiert sich damit auch der EuGH ebenso wie das BVerfG am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Während das BVerfG jedoch die Prüfung der Zielkonformität und Zielerreichung beschränkender Regelungen erst auf der Ebene der Zumutbarkeit oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ansiedelt, hält der EuGH dies bereits für eine Frage der Geeignetheit. Im Urteil heißt es: „Jedoch müssen die Beschränkungen, die auf solche Gründe sowie auf die Notwendigkeit gestützt sind, Störungen der sozialen Ordnung vorzubeugen, auch geeignet sein, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen“<sup>29</sup>. Dabei komme es in erster Linie darauf an, dass eine solche Regelung angesichts ihrer Anwendungsmodalitäten tatsächlich den Zielen Rechnung trägt, die sie rechtfertigen könnten<sup>30</sup>.

b) Das erstmals im *Gambelli*-Urteil für staatliche Wett- oder Spielmonopole nur am Rande erwähnte und eher in Form eines obiter dictum aufgestellte „Kohärenzgebot“ wird in zwei weiteren Entscheidungen des EuGH zu Vorabentscheidungsersuchen deutscher Verwaltungsgerichte näher bestimmt und ausgebaut. Das Urteil vom 08.09.2010 in der Rechtssache C-46/08 (*Carmen Media*)<sup>31</sup> wiederholt zunächst die Feststellung aus *Gambelli*, dass es für die gebotene kohärente und systematische Begrenzung von Wetttätigkeiten auf die Eignung der entsprechenden Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht ankomme<sup>32</sup>. Sodann misst es dem „Kohärenzgebot“ jedoch einen anderen, erheblich erweiterten Sinn bei. Es soll sich nicht mehr nur auf die Kohärenz von Maßnahmen innerhalb eines Wett- oder Spielmonopols beziehen, sondern gleichsam spartenübergreifend den gesamten Glücksspielsektor erfassen. Wenn bei anderen Arten von Glücksspielen, die nicht unter das Monopol fielen und zudem ein höheres Suchtpotential als die dem Monopol unterliegenden Spiele aufwiesen (was auch für das gewerbliche Geldspiel angenommen wird), die zuständigen Behörden aber eine zur Entwicklung und Stimulation geeignete Politik der Angebotserweiterung betrieben, um insbesondere die aus diesen Tätigkeiten fließenden Einnahmen zu maximieren, könne – so wörtlich – „ein

<sup>25</sup> Vgl. André Lippert, Das Kohärenzerfordernis des EuGH. Eine Darstellung am Beispiel der Rechtsprechung zum deutschen Glücksspielmonopol, in: EuR 2012, S. 90-99.

<sup>26</sup> Dazu allgemein Frank Heseler, Der Einfluss des Europarechts auf die mitgliedstaatliche Glücksspielregulierung. Frankreich und Deutschland im Vergleich, Diss. 2013.

<sup>27</sup> Dazu Christian Koenig, Gemeinschaftsrechtliche Kohärenzanforderungen an mitgliedstaatliche Beschränkungsmaßnahmen im Glücksspielbereich, in: ZfWG 2009, S. 229-234; Rudolf Streinz, Das Kohärenzgebot in der Rechtsprechung des EuGH als Vorgabe für das nationale Glücksspielrecht und seine Folgen für Deutschland, in: ZfWG 2013, S. 305-314.

<sup>28</sup> Slg. 2003 I-13031.

<sup>29</sup> Ebenda, Rn. 67.

<sup>30</sup> Ebenda, Rn. 76.

<sup>31</sup> Slg. 2010 I-08149.

<sup>32</sup> Ebenda, Rn. 64.

nationales Gericht berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben, dass ein solches Monopol 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<sup>33</sup>. Offen bleibt dabei, was mit den Worten „*in diesem Bereich*“ gemeint ist. Beziehen sie sich nur auf das Monopol [vertikale (oder Sparten-)Kohärenz] oder auf den gesamten Glücksspielsektor [horizontale (oder Gesamt-)Kohärenz]? Würde man Letzteres annehmen, müsste danach das gesamte Glücksspielrecht kohärent und systematisch, das heißt: in sich widerspruchsfrei und folgerichtig geregelt und zielgerecht ausgestaltet sein.

c) Einem solch weiten Kohärenzbegriff hatte das BVerfG kurz zuvor noch eine klare Absage erteilt. In einem Nichtannahmebeschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 20.03.2009 – 1 BvR 2410/08 – heißt es:

„Das Sportwetten-Urteil (BVerfGE 115, 276) lässt ausreichend deutlich erkennen, dass es aus verfassungsrechtlicher Sicht auf eine ‚Kohärenz und Systematik‘ des gesamten Glücksspielsektors einschließlich des gewerberechtlich zugelassenen Automatenspiels für die Vereinbarkeit eines staatlichen Wettmonopols mit Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich nicht ankommt. Vielmehr verlangt das Sportwetten-Urteil (BVerfGE 115, 276) in Ansehung der schon unter der Geltung des Staatsvertrags zum Lotteriewesen in Deutschland bestehenden einheitlichen gesetzlichen Regelung von (Sport-)Wetten und (Zahlen-)Lotterien sowie der andersartigen Regelung des gewerblichen Automatenspiels insoweit nur eine konsequente und konsistente Ausgestaltung eines aus ordnungsrechtlichen Gründen beim Staat monopolisierten Sportwettangebots“<sup>34</sup>.

Dieser Auffassung scheint der EuGH – andeutungsweise bereits in *Carmen Media* – definitiv aber in einem weiteren Urteil vom 08.09.2010 in den Rechtssachen C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07<sup>35</sup> und C-410/07 (*Markus Stoß u.a.*)<sup>36</sup> zu widersprechen<sup>37</sup>. In Randnummer 106 dieses Urteils wird ganz allgemein erklärt:

„Nach alledem können die vorlegenden Gerichte auf der Grundlage der von ihnen getroffenen ... Feststellungen berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben, dass der Umstand, dass die zuständigen Behörden in Bezug auf andere Glücksspiele als die, die dem in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden staatlichen Monopol unterliegen, eine Politik betreiben oder dulden, die eher darauf abzielt, zur Teilnahme an diesen anderen Spielen zu ermuntern, als darauf, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten *in diesem Bereich* in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen, zur Folge hat, dass das der Errichtung dieses Monopols zugrunde liegende Ziel, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, mit ihm nicht mehr wirksam verfolgt werden kann, so dass es im Hinblick auf die Art. 43 EG und 49 EG auch nicht mehr gerechtfertigt werden kann“.

Zwar weist selbst diese Passage noch nicht eindeutig auf das Erfordernis einer sparten- und systemübergreifenden Kohärenz für das gesamten Spielwesen (Gesamt-

<sup>33</sup> Ebenda, Rn. 71.

<sup>34</sup> BVerfG NVwZ 2009, 1221 (1223).

<sup>35</sup> Slg. 2010 I-08149.

<sup>36</sup> Slg. 2010 I-08069.

<sup>37</sup> Dazu *Norbert Krewer/Thomas Wagner*, Staatliches und gewerbliches Glücksspiel nach den Entscheidungen des EuGH vom September 2010 – Eine Schicksalsgemeinschaft?, in: ZfWG 2011, S. 90-96; *Oliver Klöck/Matthias Klein*, Die Glücksspielentscheidungen des EuGH und die Auswirkungen auf den Glücksspielstaatsvertrag, in: NVwZ 2011, S. 22-25; *Jörg Ennuschat*, Europäischer Gerichtshof kippt Glücksspielmonopol! Oder doch nicht? Anmerkung zu den Urteilen des EuGH v. 08.09.2010 – C-409/06 (Winner Wetten), C-316/07 (Markus Stoß) und C-46/08 (Carmen Media) –, in: GewArch 2010, S. 425-427.

kohärenz) hin, besagt aber jedenfalls, dass auch der nicht zum Monopol gehörende Bereich des „privat“ veranstalteten, gewerblichen Spiels in sich „kohärent“ geregelt und ausgestaltet werden müsse.

d) Letzte Klarheit brachte erst das Urteil des EuGH vom 19.07.2012 in der Rechtsache C-470/11 (*Garkalins*)<sup>38</sup>. Es ging in diesem Verfahren zwar vorrangig um die Frage, ob Art. 49 AEUV einer nationalen Regelung in Lettland entgegensteht, die den Behörden in Bezug auf die „Erlaubnis zur Eröffnung einer Spielbank, einer Spielhalle oder eines Bingo-Lokals“ ein weites Versagungsermessen einräumt. Der EuGH bejahte diese Vorlagefrage, „sofern diese Regelung tatsächlich zum Ziel hat, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen oder die öffentliche Ordnung zu gewährleisten, und sofern das Ermessen der zuständigen Behörden auf eine transparente Weise ausgeübt wird, die eine Nachprüfung ermöglicht, ob die Genehmigungsverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind“. Damit steht nunmehr fest, dass das „Kohärenzgebot“ nicht nur innerhalb eines staatlichen Glücksspielmonopols gilt, sondern sich auf das gesamte Spielwesen bezieht, und zwar unabhängig davon, ob es sich um Glücksspiel im engeren Sinn oder um gewerbliches Geldspiel handelt. Um alle denkbaren Varianten einbeziehen zu können, werden nachstehend „Kohärenz-“ oder „Konsequenzdefizite“ zunächst innerhalb des staatlichen Glücksspielmonopols (III.), sodann getrennt davon innerhalb des gewerblichen Spiels (IV.) und schließlich für den gesamten Spielbereich systemvergleichend (V.) untersucht.

### **III. Kohärenz- und Konsistenzdefizite innerhalb der Sparten des staatlichen Glücksspielmonopols für Lotterien, Sportwetten und Spielbanken**

Zu den Kernsätzen in den genannten Entscheidungen des EuGH gehört regelmäßig die Feststellung, dass ein staatliches Glücksspielmonopol als Einschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. und 56 ff. AEUV) dann nicht (mehr) gerechtfertigt ist, um Spielsucht zu bekämpfen und Jugendliche zu schützen, wenn gleichzeitig das betreffende Glücksspielangebot ausgeweitet oder die Anforderungen an dessen Ausgestaltung und Ausübung gesenkt werden. In diesen Fällen handelt es sich um „Kohärenz-“ oder „Konsistenzdefizite“ innerhalb des Sektors staatlich organisierter oder konzessionierter Glücksspiele.

#### *1. Lotterien und Sportwetten*

Durch die Öffnung des Spielmarktes mit dem Übergang vom Glücksspielmonopol der Länder für Lotterien und Sportwetten zu einem staatlich kontrollierten und begrenzten Konzessionsmodell für private Anbieter nach §§ 4 ff. Erster GlüÄndStV ist zwar die Monopolstellung des Staates in ihrer Ausschließlichkeit relativiert worden, das Glücksspielangebot insgesamt aber zugleich erheblich expandiert. Darüber hinaus wurde für Lotterien und Sportwetten der Zugang zum Internet geöffnet. Schließlich sind die Regelungen über Werbung für Lotterien und Sportwetten liberalisiert sowie bisher bestehende Beschränkungen aufgehoben worden.

a) Abgesehen von Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential nach §§ 13 bis 18 Erster GlüÄndStV (z.B. Soziallotterien, Lotterie- oder Gewinnsparen bei Banken und Versicherungen) bleibt das gesamte Lotteriewesen weiterhin in staatlicher Hand und wird einerseits von der Gemeinsamen Klassenlotterie der Länder (GKL), andererseits vom Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) verwaltet, in dem die Gesellschaften der 16 Länder (zumeist in Form einer GmbH) zusammengeschlossen sind. Der DLTB bietet nicht nur an den terrestrischen Lotto-Annahmestellen,

<sup>38</sup> Slg. 2010 I-08069.

sondern inzwischen auch im Internet folgende Lotterierprodukte an: Lotto „6 aus 49“, Keno, Glücksspirale und (seit 2012) auch Eurojackpot. Obwohl erstens bekannt ist, dass „Lotterien in Deutschland die am häufigsten genutzten Glücksspiele darstellen, die zugleich bei entsprechender Ausgestaltung – vor allem bei hoher Frequenz – für pathologische und suchtgefährdete Spieler eine dem Kleinen und Großen Spiel in Spielbanken, den Sportwetten oder dem Spiel an Geldspielautomaten vergleichbare Attraktivität zeigen“ und zweitens „Lotterien zudem wegen der Intransparenz der Gewinnermittlung und -verteilung strukturell anfällig für Manipulationen“ sind und „zu kriminellen Handeln verleiten“ können<sup>39</sup>, hat der DLTB gegen eine Vielzahl warnender Stimmen seinen Internetauftritt durchgesetzt. Auf diese Weise ist überhaupt nicht mehr kontrollierbar, wer wann, wie oft und mit welchem Einsatz die Lotterieangebote des DLTB nutzt. Nicht nur jeder Spielerschutz, sondern auch der Jugendschutz läuft insoweit völlig leer. Angesichts solcher Gefahren erscheint die Absicht, auf diesem Wege „die Nachfrage dauerhaft und zukunftsfähig in Richtung des legalen Angebotes zu kanalisieren“ sowie „in Vertrieb und Angebot eine geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel schaffen“<sup>40</sup>, wenig überzeugend. Das Internet ist seiner Natur nach überwachungsresistent und lässt dem Staat daher kaum Möglichkeiten, die in § 1 Erster GlüÄndStV verankerten Ziele effektiv durchzusetzen.

Hinzu kommt, dass die staatlichen Lotterieangebote in aktiver, ja geradezu aggressiver Weise beworben werden<sup>41</sup>. Vor den Lotto-Annahmestellen finden sich regelmäßig Plakatständer, mit denen auf die Höhe des jeweils bei der nächsten Ausspielung zu erwartenden Jackpots hingewiesen wird. Besonders auffällig und spielfördernd ist jedoch die Werbung des DTLB im Internet. Auf seiner Homepage wird nicht nur die Höhe des Jackpots angezeigt, sondern in sog. Pressemeldungen regelmäßig über erzielte Höchstgewinne informiert, etwa unter der Überschrift „*Tipper aus Nordrhein-Westfalen gewinnt über 800.000 Euro*“ (27.03.2014), „*Seltenheitswert: 17 Sechser im LOTTO 6aus49, Jackpot steigt*“ (17.03.2014), „*Vier LOTTO-Spieler gewinnen jeweils rund eine halbe Million Euro*“ (10.03.2014) oder „*LOTTO 6aus49: 26 Millionen-Jackpot in NRW geknackt*“ (03.03.2014). Ergänzt werden diese Werbespots stets durch eine angehängte „Jahresstatistik der Millionäre“. Wie diese Art von Werbung mit dem Verbot der Internetwerbung für öffentliches Glücksspiel (§ 5 Abs. 3 S. 1 Erster GlüÄndStV) oder mit § 5 Erster GlüÄndStV, der in Abs. 1 auf die Ziele des § 1 Erster GlüÄndStV verweist, vereinbar sein soll (§ 3 Abs. 1 S. 1 Werberichtlinie vom 07.12.2012), bleibt Geheimnis der Verfasser.

Während § 5 Abs. 1 und 2 GlüStV a.F. jede Glücksspielwerbung verbot, die gezielt zur Teilnahme an Glücksspiel aufforderte, anreizte oder ermunterte, enthält § 5 Abs. 2 Erster GlüÄndStV abgesehen vom Verbot irreführender Werbung oder Werbung, die sich gezielt an Minderjährige und vergleichbar gefährdete Zielgruppen richtet, keinerlei inhaltliche Werbebeschränkungen mehr. Obwohl jede Art von Glücksspielwerbung im Fernsehen verboten bleibt (§ 5 Abs. 3 S. 1 Erster GlüÄndStV), darf die zweimal in der Woche stattfindende „Ziehung“ der Lottozahlen und deren Bekanntgabe zu den besten Sendezeiten weiterhin stattfinden und dürfte daher in ihrer Werbewirkung kaum zu überschätzen sein. Der bei Weitem stärkste und nachhaltigste Werbeeffect für die Teilnahme an staatlichen Lotterien geht freilich von dem Versprechen der Lottogesellschaften aus, einen erheblichen Teil der

<sup>39</sup> Erläuterungen zum Ersten GlüÄndStV v. 07.12.2011, S. 6 f., sowie *Christian Meyer/Hans-Jürgen Rumpf*, Pathologisches Glücksspielen und Epidemiologie (PAGE-Studie): Entstehung, Komorbidität, Remission und Behandlung, Greifswald/Lübeck 2013, S. 64.

<sup>40</sup> Erläuterungen, S. 7.

<sup>41</sup> Dazu *Simone Walz*, Nur wer mitspielt, kann gewinnen. Werbung für staatliche Glücksspielangebote als öffentliche Aufgabe?, Diss. 2009.

Einnahmen für gemeinnützige Zwecke zu verwenden, so dass jeder Spieler, wenn er schon nicht gewinnt, sich wenigstens mit dem befriedigenden Gefühl trösten kann, durch seinen Einsatz soziale Projekte gefördert zu haben<sup>42</sup>. Auch diese Art von „moralischer“ Werbung dürfte kaum im Einklang mit den Zielen von § 1 Erster GlüÄndStV stehen, das Entstehen von Spielsucht zu verhindern.

Schließlich bietet der DTLB seit dem 17.03.2012 auch in Deutschland eine neue Lotterieförm an: den „Eurojackpot“. Durch sie ist der Kreis ihrer Mitspieler zu einem Drittel um Personen erweitert worden, die zuvor noch nie an einem Glücksspiel teilgenommen haben. Als Gründe dafür werden die Gewinnhöhe des Jackpots (56,3 %), eine als höher beurteilte Gewinnchance als bei „Lotto 6 aus 49“ (54,1 %) und die Neugier, einmal ein neues Glücksspiel ausprobieren zu wollen (50,5 %), angegeben<sup>43</sup>. Zwar beträgt beim Eurojackpot die Lebenszeitprävalenz nur 6,7 % und die 12-Monats-Prävalenz 5,7 %; auch ist offenbar bei dieser Lotterie der Anteil an pathologischen oder problematischen Spielern geringer, weil dieses neue Lotterieangebot überwiegend von einem älteren Personenkreis wahrgenommen wird, der zu 87 % auch Lotto spielt. Gleichwohl führt der Eurojackpot zu einer Erweiterung des Spielerkreises, die – vorsichtig formuliert – in ein gewisses Spannungsverhältnis zu den Zielen in § 1 Erster GlüÄndStV gerät und nur schwerlich mit den Vorgaben des EuGH vereinbar ist, wonach eine Politik der Angebotserweiterung in einem Bereich des Glücksspielwesens bei gleichzeitiger Beschränkung in einem anderen Bereich gegen das „Kohärenzgebot“ verstößt.

b) Auch bei den Sportwetten ist das Angebot in letzter Zeit erheblich ausgedehnt und um private Anbieter erweitert worden. Besaßen die Länder Jahrzehnte lang ein Monopol für Wetten wie TOTO und ODDSET, das sie auch heute noch hartnäckig verteidigen, so können inzwischen – wohl nicht zuletzt auf Druck der EU-Kommission im Notifizierungsverfahren des Entwurfs eines Ersten GlüÄndStV<sup>44</sup> – aufgrund einer Experimentierklausel in § 10a Erster GlüÄndStV bis zu 20 private Wettbewerber nach §§ 4a bis 4e Erster GlüÄndStV befristet auf sieben Jahre Konzessionen erhalten und dürfen diese Sportwetten auch im Internet anbieten oder vermitteln<sup>45</sup>. Zugleich wurde die Glücksspielabgabe von 16 2/3 % der Einsätze auf 5 % gesenkt. Das Einsatzlimit pro Monat wurde von 750 EUR auf 1.000 EUR erhöht und kann im Übrigen in der Konzession individuell festgelegt werden. Auch die Werbung für Sportwetten ist ähnlich wie bei Lotterien inhaltlich weitgehend „entgrenzt“ worden; verboten ist sie lediglich im Fernsehen unmittelbar vor oder während der Live-Übertragung eines Sportereignisses, auf dessen Ergebnis gewettet werden soll (§ 5 Abs. 3 S. 3 Erster GlüÄndStV in Verb. mit § 5 Abs. 2 Nr. 2 der Werberichtlinie vom 07.12.2012). Gerechtfertigt werden diese Neuregelungen, namentlich der Internet-Zugang, ebenfalls mit dem Ziel, illegales Glücksspiel auch auf dem Gebiet der Sportwetten in geordnete Bahnen zu lenken, um so problema-

<sup>42</sup> So wirbt die „GlücksSpirale“ nicht nur mit ihrem Namen, sondern auch auf ihrer Homepage mit dem Slogan: „Ein Gewinn für alle. Die Rentenlotterie, die Gutes tut“. Weiter heißt es im dazugehörigen Text: „Bei der GlücksSpirale haben Sie nicht nur die Chance auf hohe Gewinne, Sie unterstützen mit Ihrem Spieleinsatz außerdem wertvolle gemeinnützige Projekte. Denn die GlücksSpirale fördert jährlich hunderte Vorhaben, die der breiten Öffentlichkeit zugute kommen“.

<sup>43</sup> Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (2014), Glücksspielverhalten und Glücksspielsucht in Deutschland. Ergebnisse des Surveys 2013 und Trends, Köln 2014, S. 12 f., 131 ff.

<sup>44</sup> Vgl. die Mitteilung der Kommission – SG(2012) D/50777 Richtlinie 98/34/EG – zum Notifizierungsverfahren 2011/0188/D v. 20.03.2012. Dazu Christian König, Caroline Bovelet-Schober, Die Stellungnahme der Kommission v. 20.03.2012 zu dem notifizierten Entwurf eines Glücksspieländerungsstaatsvertrages (GlüÄndStV-E): Die unionsrechtlichen Insuffizienzen sind nicht behoben!, in: ZfWG 2012, S. 164-167.

<sup>45</sup> Vgl. Oliver Brock, Online-Sportwetten im neuen (Glücks-)Spielrecht. Die geplanten Neuregelungen auf dem Prüfstand des Unionsrechts, in: CR 2011, S. 517-525.

tischem oder pathologischem Spielverhalten besser vorbeugen und kriminelle Machenschaften (Betrug, Geldwäsche) verhindern zu können.

Ob mit jenen Lockerungen auf dem Gebiet der Sportwetten diese Ziele, die sich an § 1 Erster GlüÄndStV orientieren, tatsächlich erreicht werden können, ist mehr als zweifelhaft (womit unter Aspekten der Verhältnismäßigkeit ihre Eignung infrage steht<sup>46</sup>). Nach der BZgA-Studie liegt der Anteil an problematischen/pathologischen Spielern unter den Personen, die 2013 das betreffende Spiel mindestens einmal gespielt haben (Jahresprävalenzrate), für ODDSET-Angebote bei 24,1 % (nach Geldspielgeräten mit 28,6 %<sup>47</sup> und sog. Live-Wetten während eines Sportereignisses mit 26,8 %), wobei besonders auffällt, dass Spieler bei der Nutzung des ODDSET-Angebots des DLTB nur zu 2,8 % problembehaftet sind, während sich die Quote für die übrigen unter dem Namen ODDSET illegal angebotenen Sportwetten auf 49,3 % erhöht<sup>48</sup>. Mit diesem hohen Problemspieleranteil liegen die illegalen ODDSET-Wetten unangefochten an die Spitze der Skala aller Spiele und übertreffen damit auch das Geldspiel um ein Vielfaches. Es besteht also Grund genug für den Versuch der Länder, auf dem Gebiet der Sportwetten mit Hilfe der Experimentierklausel in § 10a Erster GlüÄndStV illegale Spieler in ein geordnetes und kontrolliertes Konzessionssystem zurückzuholen. Dass damit aber die Spielsucht selbst wirksam bekämpft werden kann, erschließt sich jedenfalls nicht auf den ersten Blick.

## 2. Spielbanken (Casinos)

Lange Zeit befand sich auch der Spielbankensektor auf Expansionskurs. Allein in der Zeit von 2003 bis 2006 wurden fünf neue Standorte geschaffen<sup>49</sup>. Seit 2011/2012 sind die Einnahmen der Spielbanken jedoch rückläufig; bei ihnen fallen bisweilen sogar Verluste an. 2013 gab es in Deutschland 73 Standorte, davon 49 mit Großem und Kleinem Spiel und 24 reine Automatendependancen. Allen Unkenrufen zum Trotz ist sogar noch im Januar 2013 von der Landesregierung Nordrhein-Westfalen die Erteilung einer Konzession zur Errichtung einer weiteren, fünften Spielbank in Köln beschlossen worden. Mit ihrer Eröffnung wird im ersten Halbjahr 2015 gerechnet.

a) Das Hauptproblem im Bereich der Spielbanken stellt die Abwanderung vieler – auch und gerade problematischer oder pathologischer – Spieler zu illegalen Online-Casinos dar. Nach § 4 Abs. 4 Erster GlüÄndStV ist „das Veranstalten und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet ... verboten“<sup>50</sup>. Die Realität sieht jedoch völlig anders aus. Nach Schätzung der BZgA wird im sogenannten unregulierten Markt für 2012 ein Bruttospielertrag (Spieleinsätze minus Gewinnauszahlungen) bei Online-Spielen von ca. 1 Mrd. Euro angenommen. Da dieser Befund auf bisher knapp 30 % jährlicher Wachstumsraten basiert, kann von einer auch weiterhin stark ansteigenden Tendenz dieses zumeist vom Ausland aus kontrollierten (im Wettbereich sogar zu über 90 %) Glücksspielmarktsektors ausgegangen wer-

<sup>46</sup> Die EU-Kommission scheint in dieser Hinsicht durchaus Bedenken zu haben (a.a.O., S. 2 et passim).

<sup>47</sup> Wenn demgegenüber immer wieder hervorgehoben wird, dass nach Umfragen in den Suchtberatungsstellen über 70 % der Hilfe suchenden Spieler angegeben haben, sie seien durch das Geldspiel in Spielhallen zu pathologischem Spielverhalten verleitet worden [vgl. *Gerhard Meyer*, Glücksspiel – Zahlen und Fakten, in: Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen (Hrsg.), *Jahrbuch Sucht 2011*, S. 109-127 (117 ff.)], so mag die Differenz zu der tatsächlichen Quote von 28,6 % (laut BZgA-Studie) damit zusammenhängen, dass die Spieler sich scheuen, ihr illegales Online-Glücksspiel im Internet zu offenbaren.

<sup>48</sup> Vgl. die BZgA-Studie über „Glücksspielverhalten und Glücksspielsucht in Deutschland 2013“, a.a.O. (Fn. 43), S. 110 f.

<sup>49</sup> Vgl. den Branchenbericht 2005/2006 der „Deutsche Spielbanken Interessen- und Arbeitsgemeinschaft (DeSia)“, Berlin 2006, S. 4.

<sup>50</sup> Ausgenommen sind lediglich der Eigenvertrieb und die Vermittlung von Lotterien sowie die Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten (vgl. § 4 Abs. 5 Erster GlüÄndStV). Dazu *Christian Koenig/Caroline Bovelet-Schober*, Zur Anwendbarkeit des Glücksspieländerungsstaatsvertrages (GlüÄndStV), insbesondere des Internetverbotes, auf Online-Games, in: *GewArch 2013*, 59-62.

den<sup>51</sup>. Die größten Anteile entfallen dabei, in abnehmender Reihenfolge, auf Online-Casinospiele, Online-Sportwetten und Online-Poker. Beim Online-Poker steht Deutschland in der EU bei der Marktgröße mit knapp 285 Mio. Euro an der Spitze; weltweit bedeutet dies nach den USA Platz 22. Online-Sportwetten machen der Goldmedia-Studie zufolge 37 % des unregulierten Marktes aus<sup>52</sup>.

Angesichts der Unmöglichkeit einer wirksamen Kontrolle dieses illegalen Marktes auf nationaler Ebene hatte sich das Land Schleswig-Holstein entschlossen, in seinem „Gesetz zur Neuordnung des Glücksspiels“ vom 20.10.2011 Online-Spielbanken zuzulassen (vgl. §§ 18 ff.) und dazu 2012 auch schon Genehmigungen für die Dauer von 6 Jahren [mit Verlängerungsmöglichkeit für jeweils 4 Jahre (vgl. § 4 Abs. 3)] erteilt, welche nach Aufhebung dieses Gesetzes durch Art. 4 des „Gesetzes zur Änderung glücksspielrechtlicher Gesetze“ vom 01.02.2013 (GVObI. S. 69) weiterhin wirksam bleiben. Der Grund für diesen „Sonderweg“ bestand in derselben Absicht, die zur Experimentierklausel des § 10a Erster GlüÄndStV für Sportwetten geführt hat, nämlich zu versuchen, das illegale Internet-Glücksspiel wieder in geordnete und kontrollierte Bahnen zu lenken. Weshalb man in § 4 Abs. 4 Erster GlüÄndStV weiterhin – gleichsam kontrafaktisch – an einem strikten Internetverbot für Glücksspiele festgehalten und nicht wenigstens auch für Online-Spielbanken eine zeitlich befristete Regelung für eine begrenzte Anzahl von Genehmigungen vorgesehen hat, ist nur schwer verständlich. Jedenfalls liegt insoweit eine Inkohärenz des Ersten GlüÄndStV auf der Hand. Immerhin bemüht sich nunmehr seit Oktober 2012 die EU-Kommission um einen „umfassenden europäischen Rahmen für das Online-Glücksspiel“<sup>53</sup>.

b) Weitere Kohärenzdefizite im Bereich der Spielbanken betreffen den mangelhaften Spielerschutz. Gemessen an den Zielen des § 1 Ersten GlüÄndStV wäre es im Interesse einer konsistenten und konsequenten Verhinderung des Entstehens von Glücksspielsucht erforderlich gewesen, die Vorschläge des Fachbeirats Glücksspielsucht „zur suchtpräventiven Regulierung von Spielbanken (in der Folge Casinos)“ vom 14.01.2011<sup>54</sup> umzusetzen. Da Kontrollverlust und Impulsivität zu den Hauptursachen für Glücksspielprobleme gehören, ist es sinnvoll, ein sog. Precommitment-System einzuführen, das die Spieler zum Einhalten selbstgesetzter Grenzen zwingt, und zwar in zeitlicher und/oder monetärer Hinsicht. Die „Limits“ können in Form eines Ausweises, einer Kundenkarte (ChipCard) oder eines Benutzernamens mit Passwort festgelegt werden und sind mit dem persönlichen Identifizierungsnachweis zu verbinden. Dies sollte bereits bei der Eingangskontrolle geschehen und mit „Standardlimits“ beginnen, die der Spieler selbst verändern kann. Überschreitet er diese Grenzen, wird er temporär oder für diesen Besuch dauerhaft vom weiteren Spiel ausgeschlossen. Außerdem sollten Sperrsysteme transparenter gestaltet und die Gesamtzahl von bestehenden Fremd- und Selbstsperrern pro Spielbank jährlich veröffentlicht werden.

Dem besonderen Gefährdungspotential von Glücksspielautomaten („Slot-Machines“) müsse beim Kleinen Spiel – ähnlich wie bei Geldspielgeräten in den Spielhallen – durch Vorgaben zur Konstruktion und Bauart der Automaten, ihrer Anzahl pro Grundfläche sowie nicht zuletzt durch Informationen über die Laufzeit der Spiele, die Höhe

<sup>51</sup> Goldmedia, Glücksspielmarkt Deutschland. Marktliche Effekte der Regulierung von Sportwetten in Deutschland, Berlin 2013.

<sup>52</sup> Zitiert nach der BZgA-Studie über „Glücksspielverhalten und Glücksspielsucht in Deutschland 2013“, a.a.O. (Fn. 43), S. 20.

<sup>53</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen v. 23.10.2012 (COM/2012/0596 final).

<sup>54</sup> Vgl. „Empfehlung (1/2011) des Fachbeirats nach § 10 Abs. 1 S. 2 GlüStV i.V.m. § 1 Abs. 2 Nr. 2 VwV-GlüStV“ v. 14.01.2011. Die dagegen vom Bundesverband privater Spielbanken (BupriS) in seinem „Kommentar“ v. 04.02.2011 vorgebrachten Argumente vermögen schon deshalb nicht zu überzeugen, weil darin zu meist an Tatsachen gerüttelt wird, die durch umfangreiche Studien in der Empfehlung hinreichend belegt sind.

der Einsätze und Gewinne sowie über den durchschnittlichen Verlust pro Stunde Rechnung getragen werden. Ergänzend seien in den Räumen der Spielbanken Einrichtungen zur Verbesserung der Zeitwahrnehmung, ein allgemeines Alkohol- und Rauchverbot, ein Verbot von Geldautomaten, ein Werbeverbot, ein Residenzverbot für Einwohner der Casino-Gemeinde und nicht zuletzt die Abschaffung des Troncs vorzusehen. Angesichts dieser Vielzahl von Mängeln wird man bei einer Gesamtbeurteilung des Spielbankenregimes in Deutschland kaum zu dem Ergebnis gelangen können, dass mit ihm in kohärenter und konsistenter Weise das Entstehen von Glücksspielsucht verhindert und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung nach § 1 Nr. 1 S. 1 Erster GlüÄndStV geschaffen werden.

#### **IV. Kohärenz- und Konsistenzdefizite innerhalb der Sparte des gewerblichen Geldspiels in Spielhallen**

Misst man die Regelungen der Länder auf dem Gebiet des gewerblichen Geldspiels in Spielhallen am Kohärenz- und Konsistenzgebot, wie es in der Rechtsprechung des BVerfG und des EuGH entwickelt worden ist, so muss sich der Blick zum einen auf den Ersten GlüÄndStV richten, dessen Notifizierungsverfahren gemäß Richtlinie 98/34/EG inzwischen abgeschlossen ist (2.). Zum anderen sind die neuen Landesgesetze mit spielhallenbezogenen Regelungen auf ihre Vereinbarkeit mit dem Kohärenz- und Konsistenzprinzip hin zu überprüfen (3.). Letzterer Test setzt allerdings voraus, dass die zum Teil erheblichen Unterschiede in den Anforderungen an die Erlaubnisfähigkeit von Spielhallen und an deren Betreiber in diesen Gesetzen zu einer regionalen Inkohärenz führen, die so weit reicht, dass damit nicht nur der Rechtfertigungsgrund für das staatliche Glücksspielmonopol entfällt, sondern diese Regelungen selbst weder vor deutschem Verfassungsrecht noch vor dem Europarecht weiterhin Bestand haben (1.).

##### *1. Auswirkungen regionaler Kohärenzdefizite auf den Fortbestand des staatlichen Glücksspielmonopols*

a) Die Frage nach der verfassungs- und europarechtlichen Relevanz regionaler Inkohärenzen im gewerblichen Geldspielsektor ist umstritten. Sie ist bisher in Literatur und Rechtsprechung am Beispiel des schleswig-holsteinischen „Sonderwegs“ im Bereich der Online-Glücksspiele äußerst kontrovers diskutiert worden<sup>55</sup>. Auslöser war ein Vorlagebeschluss des Bundesgerichtshofs (BGH) an den EuGH vom 24.01.2013 – I ZR 171/10 – (EuGH, Rs. Digibet Ltd., C-156/13). Im Ausgangsverfahren hatte die staatliche Lottogesellschaft des Landes Nordrhein-Westfalen gegen ein in Gibraltar ansässiges Internet-Unternehmen, das Sportwetten, Casino-Spiele und Poker online anbietet, auf Unterlassung und Schadensersatz geklagt. Der BGH hatte zur Auslegung des Art. 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit) gefragt, ob eine inkohärente Beschränkung des Glücksspielsektors vorliege, wenn in einem als Bundesstaat verfassten Mitgliedstaat die Veranstaltung und Vermittlung öffentlicher Glücksspiele verboten sei und sich einerseits fast alle Länder daran hielten, während andererseits in einem Land nach dessen Rechtsordnung jedem Unternehmer in der EU unter näher bestimmten objektiven Voraussetzungen eine Genehmigung für den Vertrieb von Sportwetten erteilt werden müsse. Der BGH deutete an, dass er diese Frage verneinen würde<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Vgl. *Christian Koenig/Matti Meyer*, Unionsrechtliche Kohärenzfragen zu der regulatorischen Disparität zwischen dem in Schleswig-Holstein und dem in den anderen Bundesländern anwendbaren Glücksspielrecht, in: *ZfWG* 2013, S. 153-158.

<sup>56</sup> BGH *GewArch* 2013, 205-207. Am 02.04.2014 fand dazu vor dem EuGH die mündliche Verhandlung statt. In ihren schriftlichen Stellungnahmen hielten die Bundesregierung, die EU-Kommission, die Westdeutsche Lotterie GmbH (Klägerin und Revisionsbeklagte) und Portugal die deutschen Regelungen trotz augenfälliger Unterschiede zwischen den Ländern für „kohärent“ und „systematisch“, während Digibet Ltd. (Beklagte und Revisionsklägerin) und Malta eine Inkohärenz festgestellt haben, die zum Erlöschen des staatlichen Glücksspielmonopols führe.

b) Damit war das Problem der interregionalen Kohärenz aufgeworfen. Einige Stimmen in der Literatur sprachen sich dafür aus, dem BGH zu folgen, und stützten diese Ansicht auf die Behauptung, das Gericht habe sich in seiner Entscheidung für eine autonome glücksspielrechtliche Regulierung durch die Länder ausgesprochen und auf die enorme Bedeutung der regionalen Vielfalt und regionalen Regelungsautonomie hingewiesen. Vor diesem Hintergrund habe der EuGH in der Vergangenheit einen Eingriff in regionale Regelungszuständigkeiten stets vermieden<sup>57</sup>. Dabei bleibt jedoch unberücksichtigt, dass für die Einschätzung des BGH der Umstand ausschlaggebend gewesen ist, dass im Streitfall nur ein einziges Land vorübergehend von Regelungen abgewichen war, die alle 15 übrigen Länder anstandslos umgesetzt haben. Diese Konstellation lässt weder Aussagen darüber zu, wie Unterschiede in der Ausgestaltung des Spielhallenrechts zu beurteilen sind, noch sind ihr Antworten auf die Frage zu entnehmen, welche Rechtsfolgen massive, weitreichende und schwerwiegende Abweichungen bei einer Vielzahl von Regelungsgegenständen haben. Am Beispiel der unterschiedlichen Behandlung von Online-Sportwetten in Schleswig-Holstein und dem Rest der Länder spricht sich *Oliver Brock* für einen interregionalen Verstoß gegen das Kohärenzprinzip aus<sup>58</sup>. Ähnlich argumentieren *Dieter Nörr* und *Steffen Janich*, die eine bloße Teilliberalisierung des deutschen Glücksspielmarktes verfassungsrechtlich für problematisch und den schleswig-holsteinischen „Sonderweg“ für eine Verletzung des unionsrechtlichen Kohärenzgebots halten<sup>59</sup>.

Im Ergebnis ist die Frage nach dem Erfordernis einer „interregional-horizontalen“ Kohärenz im Gewinnspielsektor nicht abstrakt und generell zu beantworten, wie dies mit dem Hinweis auf die Regelungsautonomie der Länder versucht wird. Vielmehr wird man sich den einzelnen Vorschriften im neuen Spielhallenrecht der Länder zuwenden müssen und im Hinblick auf das Kohärenzgebot nach Grad, Umfang und Häufigkeit der Differenzen, nach der Schwere des Eingriffs in bestehende Strukturen und nach der Eignung einzelner Beschränkungen zur Erreichung der Ziele in § 1 GlüÄndStV zu unterscheiden haben. Stellt sich bei einer Gesamtbetrachtung schließlich heraus, dass die Abweichungen alles in allem ein Ausmaß erreichen, welches systemspengende Wirkungen hat, liegt ein Verstoß gegen das Kohärenz- und Konsistenzgebot vor, der ihm die Funktion, das staatliche Glücksspielmonopol zu rechtfertigen, nimmt und es verfassungs- wie europarechtlich obsolet werden lässt.

## 2. Kohärenz und Konsistenz des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages

Obwohl das Notifizierungsverfahren des Ersten GlüÄndStV nach der Richtlinie 98/34/EG inzwischen seinen Abschluss gefunden hat, darf diese Beendigung aber nach Ansicht der Kommission nicht derart verstanden werden, „dass sie die Konformität mit dem EU-Recht impliziert“. Vielmehr weist die Kommission in ihrer Mitteilung vom 20.03.2012 ausdrücklich darauf hin, dass zum Verbot der Veranstaltung und Vermittlung von Casinospiele in § 4 Abs. 4 Erster GlüÄndStV „keinerlei Daten vorgelegt wurden, um den Nachweis betreffend das tatsächliche Vorhandensein der Gefährdungen zu erbringen. ... Auf der Grundlage der von den deutschen Behörden zur Verfügung gestellten Informationen ist es den Dienststellen der Kommission noch nicht möglich, den Umfang der ermittelten Probleme bzw. die Geeignetheit und Ver-

<sup>57</sup> So *Johannes Dietlein/Sasha Peters*, „Kohärenzen ohne Grenzen“? – Zur Debatte um eine „regionalübergreifend-horizontale Kohärenzprüfung“ landesstaatlicher Glücksspielregulierungen, in: ZFWG 2013, S. 229-235.

<sup>58</sup> *Oliver Brock*, Online-Sportwetten im neuen (Glücks-)Spielrecht. Die geplanten Neuregelungen auf dem Prüfstand des Unionsrechts, in: CR 2011, S. 517-525.

<sup>59</sup> So *Dieter Dörr/Steffen Janich*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Teilliberalisierung des deutschen Glücksspielmarktes, in: K&R 2010, Beihefter Nr. 3/2010, S. 1-27; *dies.*, Zur Vereinbarkeit eines grundsätzlichen Verbots der Internetvermittlung von Lotterien mit dem unionsrechtlichen Kohärenzgebot vor dem Hintergrund einer abweichenden Regelung durch Schleswig-Holstein, in: K&R 2012, Heft 5, Beihefter 1/2012.

hältnismäßigkeit der vorgeschlagenen Maßnahme zu bewerten“. In Bezug auf die gebotene kohärente und systematische Begrenzung von Wettaktivitäten seien die Dienststellen der Kommission „jedoch erst dann in der Lage, die Konformität mit der Anforderung eines kohärenten und systematischen Ansatzes zu bewerten, wenn alle relevanten Rechtsvorschriften entsprechend geändert und notifiziert wurden“<sup>60</sup>.

Da es bisher an einer solchen allgemeinen Konformitätsfeststellung der Kommission fehlt, ist es durchaus denkbar, dass dem Ersten GlüÄndStV auch in Bezug auf die Regelungen über Spielhallen in den §§ 24 bis 26 und 29 Abs. 4 Inkohärenz attestiert wird, zum Beispiel weil das gewerbliche Geldspiel entweder von vornherein nicht zur Kategorie des „Glücksspiels“ gehört, sondern als (Unterhaltungs-) Spiel an Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit unter §§ 33c ff. GewO fällt, oder weil es seine Glücksspieleigenschaft verliert, nachdem die Beschränkungen im Ersten GlüÄndStV und in den Ländergesetzen mit spielhallenbezogenen Regelungen, durch die erreicht werden soll, „dass dieses Spiel wieder stärker in Richtung seines Charakters als bloßes Unterhaltungsspiel akzentuiert“ wird<sup>61</sup>, wirksam geworden sind und damit ihren Dienst getan haben.

### 3. Kohärenz und Konsistenz unterschiedlicher Regelungen in den Ländergesetzen mit Spielhallenbezug

Im Rahmen des Ersten GlüÄndStV haben inzwischen alle Länder eigene Spielhallengesetze, Glücksspielgesetze bzw. Ausführungsgesetze zum Staatsvertrag erlassen. Sie stützen sich dabei auf die ihnen mit der Föderalismusreform I übertragene Kompetenz für das „Recht der Spielhallen“, die zuvor im Katalog der konkurrierenden Gesetzgebung unter der Rubrik „Recht der Wirtschaft“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) verankert war<sup>62</sup>. In einem mehrjährigen Forschungsprojekt des „Deutschen Instituts für Föderalismusforschung e.V. (DIF)“, Hannover, zur Umsetzung der Föderalismusreform I durch die Länder hat sich ergeben, dass die einzelnen Gesetze mit spielhallenbezogenen Regelungen in wesentlichen Punkten voneinander abweichen, d.h. teils erheblich stärkere, teils deutlich schwächere Eingriffe in die Rechte der Betreiber oder Beschränkungen des Spielbetriebs vorsehen<sup>63</sup>. Damit werden außer Fragen der Erforderlichkeit vieler der am weitesten gehenden Vorschriften auch Probleme der interregionalen Kohärenz und Konsistenz landesrechtlicher Ausgestaltungen einer bestimmten Teilmaterie des Spielhallenrechts aufgeworfen<sup>64</sup>. Dazu zählen die Bestimmungen über die Spielhallenerlaubnis (a), über Mindestabstände zwischen Spielhallen, verknüpft mit einem Verbot von Mehrfachkonzessionen (b), über Werbung (c), Zugangskontrollen (d), und Sperrzeiten (e) sowie schließlich die Übergangsregelungen (f)<sup>65</sup>.

<sup>60</sup> So die Mitteilung der Kommission v. 20.03.2012 (a.a.O., Fn. 44).

<sup>61</sup> So die Erläuterungen zum Ersten GlüÄndStV v. 07.12.2011, S. 13.

<sup>62</sup> Dazu *Hans-Peter Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform. Zur Auslegung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und zur Vereinbarkeit darauf gestützter Beschränkungen des gewerblichen Spielbetriebs mit Art. 12 Abs. 1 GG, Baden-Baden 2009; Kurzfassung in: *GewArch* 2009, 265-275, Teil 1; 343-350, Teil 2; *ders.*, Ultra Vires? Kompetenzprobleme im neuen Spielhallenrecht der Länder, in: *GewArch* 2013, 137-144; *Christoph Degenhart*, Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, Baden-Baden 2014.

<sup>63</sup> Vgl. *Hans-Peter Schneider*, Der neue deutsche Bundesstaat. Bericht über die Umsetzung der Föderalismusreform I, Baden-Baden 2013.

<sup>64</sup> Nicht behandelt wird dagegen die „innere“ Kohärenz und Folgerichtigkeit der Maßnahmen innerhalb eines einzelnen Spielhallengesetzes. Vgl. dazu *BayVerfGH NVwZ* 2014, 141-147.

<sup>65</sup> Einbezogen werden folgende Landesgesetze (mit den Abkürzungen in eckigen Klammern): *Baden-Württemberg*: Landesglücksspielgesetz (LGlüG), GBl. Nr. 17 v. 28.11.2012, S. 604 ff. [**BW**]; *Bayern*: Gesetz zur Änderung des AGGlüStV und anderer Rechtsvorschriften, GVBl. Nr. 11 v. 29.07.2012, S. 270 ff. [**BY**]; *Berlin*: Spielhallengesetz Berlin (SpielhG Bln), GVBl. v. 01.06.2011, S. 223 ff. [**BL**]; *Brandenburg*: Brandenburgisches Spielhallengesetz (BbgSpielhG), GVBl. Nr. 10 v. 04.04.2013, S. 1 bis 5. [**BR**]; *Bremen*: Bremisches Spielhallengesetz (BremSpielhG), GBl. Nr. 25 v. 19.05.2011, S. 327 f. [**HB1**]; Gesetz zur Neuregelung des Glücksspielrechts – Art. 3 Änderung des BremSpielhG, GBl. Nr. 19 v. 26.06.2012, S. 261 ff. [**HB2**]; *Ham-*

a) Bereits im Hinblick auf die Spielhallenerlaubnis begegnet man in den Ländergesetzen mit spielhallenbezogenen Regelungen einer breiten Vielfalt unterschiedlicher Verfahren, die insbesondere die Frage nach dem Verhältnis zur weiterhin fortbestehenden Erlaubnispflicht nach § 33i GewO aufwerfen. Baden-Württemberg, Berlin, Bremen, Hamburg und Hessen sehen ein eigenständiges Erlaubnisverfahren vor, das § 33i GewO vollständig ersetzen soll<sup>66</sup>. In Brandenburg, Rheinland-Pfalz, dem Saarland, Sachsen-Anhalt und Thüringen ist ein besonderes Erlaubnisverfahren vorgesehen, das zusätzlich neben die Erlaubnis nach § 33i GewO tritt<sup>67</sup>. Die Gesetze in Bayern, Mecklenburg-Vorpommern und Nordrhein-Westfalen enthalten lediglich Konkretisierungen der glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach § 24 Abs. 1 Erster GlüÄndStV<sup>68</sup>. In Sachsen und Schleswig-Holstein schließt die Erlaubnis nach § 33i GewO die glücksspielrechtliche Erlaubnis ein<sup>69</sup>. Niedersachsen regelt lediglich die Zuständigkeit für die Erlaubnis nach § 24 Abs. 1 Erster GlüÄndStV<sup>70</sup>. Es ist nicht übertrieben, hier von einer ziemlich chaotischen Rechtslage zu sprechen.

b) Auch die Regelungen zu den Mindestabständen zwischen Spielhallen und zu Schulen oder Jugendeinrichtungen (Abstandsgebote, Verbot von Mehrfachkonzessionen) weichen erheblich voneinander ab. Einen Abstand von 500 m (teils gemessen von Eingangstür zu Eingangstür) halten Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Hamburg (mit Ausnahmen für Reeperbahn und Steindamm: 100 m), Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, das Saarland und Thüringen für erforderlich<sup>71</sup>. Mit 350 m gibt sich Nordrhein-Westfalen zufrieden<sup>72</sup>, reduziert auf 300 m in Hessen und Schleswig-Holstein<sup>73</sup>. Bayern, Bremen und Sachsen begnügen sich mit 250 m<sup>74</sup>, Sachsen-Anhalt mit nur 200 m<sup>75</sup>. Niedersachsen beschränkt sich sogar auf 100 m<sup>76</sup>. Mit Ausnahme Schleswig-Holsteins, wo bisher noch zwei Unternehmen in einem Gebäude zulässig sind<sup>77</sup>, enthalten alle übrigen Ländergesetze mit Spiel-

*burg*: Hamburgisches Spielhallengesetz (HmbSpielhG), HmbGVBl. Nr. 49 v. 18.12.2012, S. 505 ff. [HH]; *Hessen*: Hessisches Spielhallengesetz (HessSpielhG), GVBl. Nr. 13 v. 29.06.2012, S. 213 ff. [HE]; *Mecklenburg-Vorpommern*: Gesetz zur Änderung glücksspielrechtlicher Vorschriften, GVBl. Nr. 10 v. 29.06.2012, S. 232 ff. [MV1]; Zweites Gesetz zur Änderung des GlüStVAG M-V, GVBl. Nr. 22 v. 30.12.2013, S. 690 [MV2]; *Niedersachsen*: Gesetz zur Änderung von Vorschriften über das Glücksspiel, Nds. GVBl. Nr. 13 v. 27.06.2012, S. 190 ff. [NI]; *Nordrhein-Westfalen*: Gesetz zum 1. GlüÄndStV, GV. Nr. 29 v. 22.11.2012, S. 524 ff. [NW]; *Rheinland-Pfalz*: Landesglücksspielgesetz (LGlüG), GVBl. Nr. 9 v. 28.06.2012, S. 166 ff. [RP]; *Saarland*: Gesetz Nr. 1772 zur Neuregelung des Glücksspielwesens im Saarland – Art. 5 Saarländisches Spielhallengesetz, Amtsblatt Nr. 15 v. 28.06.2012, S. 171 ff. [SL]; *Sachsen*: Gesetz zum 1. GlüÄndStV, zum GKL-Staatsvertrag und zur Änderung des Sächsischen Ausführungsgesetzes zum GlüStV sowie weiterer Gesetze, GVBl. Nr. 9 v. 23.06.2012, S. 270 ff. [SN]; *Sachsen-Anhalt*: Zweites Gesetz zur Änderung glücksspielrechtlicher Vorschriften – Art. 4 Spielhallengesetz Sachsen-Anhalt, GVBl. Nr. 14 v. 27.06.2012, S. 212 ff. [SA]; *Schleswig-Holstein*: Spielhallengesetz Schleswig-Holstein, GVBl. Nr. 7 v. 26.04.2012, S. 431 ff. [SH]; *Thüringen*: Thüringer Gesetz zur Anpassung an Neuregelungen im Bereich des Glücksspielwesens – Art. 5 Thüringer Spielhallengesetz, GVBl. Nr. 7 v. 29.06.2012, S. 159 ff. [TH].

<sup>66</sup> Vgl. BW: § 41 Abs. 1 S. 1; BL: § 2 Abs. 1; HB2: § 2 Abs. 1 und 8; HH: § 2 Abs. 1; HE: § 9 Abs. 1.

<sup>67</sup> Vgl. BR: § 2 Abs. 1; RP: § 11 Abs. 1; SL: § 2 Abs. 1; SA: § 2 Abs. 1; TH: § 2 Abs. 1.

<sup>68</sup> Vgl. BY: Art. 9 Abs. 1 und 4; MV: § 11 Abs. 1 und 2; NW: § 16 Abs. 1 und 2.

<sup>69</sup> Vgl. SN: § 18a Abs. 1; SH: § 2 Abs. 1.

<sup>70</sup> Vgl. NI: § 10 Abs. 1.

<sup>71</sup> Vgl. BW: § 42 Abs. 1; BL: § 2 Abs. 1 S. 3; BR: § 3 Abs. 1; HH: § 2 Abs. 2 und 3; MV: § 11 Abs. 4 S. 1; RP: § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 4; SL: § 3 Abs. 2 Nr. 2; TH: § 3 Abs. 1 S. 1.

<sup>72</sup> Vgl. NW: § 16 Abs. 3 S. 1, Hs. 2 (Ausnahmen im Einzelfall möglich; zu Schulen nur 350 m).

<sup>73</sup> Vgl. HE: § 2 Abs. 2; SH: § 3 Abs. 1 S. 1.

<sup>74</sup> Vgl. BY: Art. 9 Abs. 3 S. 1 (Ausnahmen in Härtefällen: S. 2); HB2: § 2 Abs. 2 Nr. 4; SN: § 18a Abs. 4 S. 1 (Ausnahmen zulässig: S. 2).

<sup>75</sup> Vgl. SA: § 2 Abs. 4 Nr. 5.

<sup>76</sup> Vgl. NI: § 10 Abs. 2 S. 1 (Gemeinden können den Abstand auf 50 m reduzieren oder auf bis zu 500 m ausdehnen: § 10 Abs. 2 S. 3).

<sup>77</sup> Vgl. SH: § 3 Abs. 1. Allerdings enthält ein noch im Gesetzgebungsverfahren befindlicher Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des SpielhG v. 05.06.2013 (LT-Drs. 18/918) in § 3 Abs. 1 n.F. ebenfalls das Verbot von Mehrfachkonzessionen.

hallenbezug ein Verbot von Mehrfachkonzessionen im selben Gebäudekomplex (kein baulicher Verbund)<sup>78</sup>. Wenn zum Erreichen des gleichen Zwecks, nämlich den Spieler, der eine Spielstätte verlassen hat, aus der Atmosphäre des Spiels herauszulösen und in einer „Abkühlungsphase“ zum Nachdenken zu bringen, bereits ein Abstand zwischen Spielhallen von nur 100 m ausreichen soll, liegt der Schluss nahe, dass dafür jedenfalls 500 m nicht erforderlich sind.

c) Im Bereich der Werbung überwiegen ebenfalls Verbote oder restriktive Vorgaben für das äußere Erscheinungsbild der Spielhallen. Es darf keinen „Aufforderungs- oder Anreizcharakter“ haben (Baden-Württemberg, Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Schleswig-Holstein, Thüringen)<sup>79</sup>. „Werbung für den Spielbetrieb“ ist unzulässig (Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein)<sup>80</sup>. Spielhallen dürfen nicht von außen einsehbar sein und sind mit Sichtschutzfenstern auszurüsten (Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Sachsen-Anhalt, Thüringen)<sup>81</sup>. Werbung im Fernsehen, Internet oder in Telekommunikationsanlagen ist verboten (Bremen, Niedersachsen, Sachsen, Sachsen-Anhalt, Thüringen)<sup>82</sup>, ebenso Werbung an der Spielhalle und in ihrer unmittelbaren Umgebung (Brandenburg)<sup>83</sup> oder mit einem Jackpot (Saarland)<sup>84</sup>. Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, das Saarland und Sachsen verweisen zugleich auf die Werbebeschränkungen in § 5 Erster GlüÄndStV<sup>85</sup>. Verglichen mit den inzwischen nahezu unbegrenzten Werbemöglichkeiten für Spiele, die unter das staatliche Glücksspielmonopol fallen (Lotterien, Sportwetten), oder für Spielbanken erscheinen diese massiven Werbebeschränkungen bei Spielhallen nicht nur unverhältnismäßig, sondern auch diskriminierend. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

d) Große Unterschiede sind auch bei den Regelungen über Zugangskontrollen festzustellen. Die meisten Länder verlangen bei Einlasskontrollen (so Baden-Württemberg) lediglich die Vorlage von amtlichen Ausweispapieren (Bremen, Hamburg, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein)<sup>86</sup> bzw. eines Lichtbilddokuments (Berlin)<sup>87</sup>. Darüber hinaus enthalten einige Gesetze ein Zutritts- oder Aufenthaltsverbot zu oder in Spielhallen für Minderjährige und Jugendliche (Brandenburg, Hessen)<sup>88</sup>. Schließlich führen mehrere Länder Sperrsysteme ein, und zwar entweder als spielformübergreifendes Kontrollinstrument mit zentraler Sperrdatei (Baden-Württemberg)<sup>89</sup>, als zentrale, aber aus Datenschutz-

<sup>78</sup> Vgl. BW § 42 Abs. 2; BY: § 9 Abs. 2 S. 1; BL: § 2 Abs. 1 S. 2; BR: § 3 Abs. 2; HB2: § 2 Abs. 2 Nr. 5; HH: § 2 Abs. 2 S. 1; HE: § 2 Abs. 1 (Ausnahmen möglich); MV: § 11 Abs. 5; NI: § 25 Erster GlüÄndStV gilt; NW: § 16 Abs. 3 S. 1, 1. Hs.; RP: § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 3; SL: § 3 Abs. 2 Nr. 1; SN: § 18a Abs. 4 S. 3; SA: § 2 Abs. 4 Nr. 6; TH: § 3 Abs. 1 S. 2.

<sup>79</sup> Vgl. BW: § 44 Abs. 1; BL: § 4 Abs. 1; BR: § 4 Abs. 2 und 3; HB2: § 5 Abs. 1 und 2; HH: § 4 Abs. 1; HE: § 2 Abs. 4 und 5; MV: § 11a Abs. 1; NI: Verweis auf § 26 Abs. 1 Erster GlüÄndStV; RP: § 11 Abs. 3; SN: Verweis auf § 26 Abs. 1 Erster GlüÄndStV; SH: § 3 Abs. 3 S. 2; TH: § 3 Abs. 4 S. 2.

<sup>80</sup> Vgl. NW: § 16 Abs. 4; RP: § 11 Abs. 3; SL: § 4 Abs. 1; SA: § 5 Abs. 2 und 3; SH: § 3 Abs. 3 S. 1 und 2.

<sup>81</sup> Vgl. BL: § 4 Abs. 1; BR: § 4 Abs. 2 und 3; HB2: § 5 Abs. 1 und 2; HH: § 4 Abs. 1; SA: § 5 Abs. 3 und 3; TH: § 3 Abs. 4 S. 1 und 2.

<sup>82</sup> Vgl. HB2: § 6 Nr. 14; NI: Verweis auf § 5 Abs. 3 Erster GlüÄndStV; ebenso SN, SA; TH: § 4 Abs. 7.

<sup>83</sup> Vgl. BR: § 4 Abs. 2 und 3.

<sup>84</sup> Vgl. SL: § 4 Abs. 3 S. 2 Nr. 1.

<sup>85</sup> Vgl. BY: Art. 9 Abs. 1 Nr. 2c; MV: § 11 Abs. 2 Nr. 2c; NW: § 16 Abs. 2 Nr. 2c; RP: § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 2b; SL: allgemeiner Verweis auf § 5 Abs. 3 Erster GlüÄndStV; ebenso SN.

<sup>86</sup> Vgl. HB: § 4 Abs. 1 Nr. 3; § 6 Abs. 5; RP: § 11 Abs. 6; SL: § 5 Abs. 1; SA: § 4 Abs. 1; § 5 Abs. 2.

<sup>87</sup> Vgl. BL: § 6 Abs. 4.

<sup>88</sup> Vgl. BR: § 2 Abs. 4 Nr. 1; HE: § 3 Abs. 5.

<sup>89</sup> Vgl. BW: § 43 Abs. 1 S. 3.

gründen nur spielhallenbezogene Landessperrdatei (Hessen)<sup>90</sup> oder als spielhallenspezifische Sperrdatei mit Selbst- (Bremen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt)<sup>91</sup> und Fremdsperrern (Berlin)<sup>92</sup>. Hamburg sieht lediglich die Möglichkeit vor, auffällige Personen vom Spiel auszuschließen<sup>93</sup>. In allen übrigen, nicht aufgeführten Ländern bleiben der Zugang zu oder der Aufenthalt in Spielhallen ungeregt. Auch der Erste GlüÄndStV schweigt dazu. Ebenso wenig enthält er eine Verpflichtung zur Schaffung eines Sperrsystems, dessen Einführung ein Novum im Spielhallenrecht darstellt und die Grenzen zwischen Spielhallen und Spielbanken verwischt.

e) Ein Blick auf die Sperrzeiten für Spielhallen vermittelt ein so unübersichtliches Bild, dass keinerlei kohärenter Ansatz mehr sichtbar ist. Mit Ausnahme von Bayern, Niedersachsen, Sachsen und Sachsen-Anhalt, die sich mit (mindestens) 3 Stunden an § 26 Abs. 2 Erster GlüÄndStV orientieren<sup>94</sup>, regeln alle Länder diese Materie unterschiedlich, wobei sie zumeist erheblich über jene staatsvertraglich vereinbarte Zeit hinausgehen. Die Skala reicht von 5 Stunden (Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein)<sup>95</sup>, über 6 Stunden (Baden-Württemberg, Brandenburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz und das Saarland)<sup>96</sup> und 7 Stunden (Hamburg)<sup>97</sup> bis zu 8 Stunden (Berlin, Thüringen)<sup>98</sup>. Nur das Bremische Spielhallengesetz verzichtet auf jede Regelung. Sperrstunden sind zwar wichtig, weil sie den Spieler zum Verlassen der Spielhalle zwingen und damit verhindern, dass im terrestrischen Bereich „rund um die Uhr“ gespielt wird. Um diesen Effekt zu erreichen, hätte man es aber durchaus auch bei den 3 Stunden des § 26 Abs. 2 Erster GlüÄndStV belassen können. Hinzu kommt, dass der Spieler ununterbrochen – ohne zeitliche Begrenzung sowie ohne ausreichenden Spieler- und Jugendschutz – online spielen kann.

f) Bei den Übergangsregelungen scheinen sich die Länder schon aus verfassungsrechtlichen Gründen<sup>99</sup> eng an die vereinbarte Lösung in § 29 Abs. 4 Erster GlüÄndStV gehalten zu haben. Danach gelten vom 01.07.2012 an bestehende, bisher aber unbefristet erteilte Erlaubnisse – als sich im Einklang mit den §§ 24 und 25 Erster GlüÄndStV befindend – noch für 5 Jahre weiter; bei Erlaubnissen, die nach dem 28.10.2011 erteilt worden sind, wurde diese Vereinbarkeit nur noch für ein Jahr, also bis zum 30.06.2013, unterstellt. Ferner können die zuständigen Behörden nach Ablauf dieser Fristen in besonderen Härtefällen für einen angemessenen Zeitraum Befreiung von den Anforderungen des Ersten GlüÄndStV in § 24 Abs. 2 (Versagung bei Verfehlen der Ziele des § 1) und in § 25 (Mindestabstände, Verbot von Mehrfachkonzessionen, Begrenzung der Anzahl an Spielhallen in einer Gemeinde) erteilen (Härtefallklausel). Es gibt jedoch auf Landesebene einige Besonderheiten, bei denen die Länder nicht nur von den selbst gesetzten Normen im Ersten GlüÄndStV, sondern sogar vom Bundesrecht abweichen. So besteht etwa in Hessen und Schleswig-Holstein eine vorzeitige Erlaubnispflicht bei jedem Inhaberwechsel, was praktisch bedeutet, dass eine Spielhalle, wenn sie nicht schon dem Abstandsgebot und/oder dem Verbot von Mehrfachkonzessionen zum Opfer fällt,

<sup>90</sup> Vgl. HE: §§ 6 und 11.

<sup>91</sup> Vgl. HB: § 4 Abs. 1 Nr. 5; RP: § 11 Abs. 5; SA: § 7.

<sup>92</sup> Vgl. BL: § 6 Abs. 5 und 6.

<sup>93</sup> Vgl. HH: § 6 Abs. 6.

<sup>94</sup> Vgl. BY: Art. 11 Abs. 2 (3-6 h); NI: Anknüpfung an § 26 Abs. 2 Erster GlüÄndStV; SN: § 9 Abs. 2 S. 2; SA: § 6 Abs. 2.

<sup>95</sup> Vgl. NW: § 17 (1-6 h); SH: § 8 (5-10 h).

<sup>96</sup> Vgl. BW: § 46 Abs. 1 (0-6 h); BR: § 4 Abs. 4 (3-9 h); HE: § 4 Abs. 1 (4-10 h); MV: § 11a Abs. 3 und 4 (2-8 h); RP: § 11 Abs. 8 (0-6 h); SL: § 7 (4-10 h).

<sup>97</sup> Vgl. HH: § 5 Abs. 1 (5-12 h).

<sup>98</sup> Vgl. BL: § 5 Abs. 1 (3-11 h); TH: § 6 Abs. 1 (1-9 h).

<sup>99</sup> Dazu *Hans-Peter Schneider*, Bestandsschutz im Rechtsstaat. Zur Verfassungsmäßigkeit der Übergangsregelungen im neuen Spielhallenrecht der Länder, in: *GewArch* 2011, 457-464.

im gegenwärtigen Zustand weder veräußert noch vererbt werden kann<sup>100</sup>. Berlin und Hamburg verlangen unter Verstoß gegen § 3 Abs. 2 S. 1 SpielV, die Gerätezahl in einer Spielhalle innerhalb von 24 Monaten von 12 auf 8 zu reduzieren<sup>101</sup>.

Alle Länder (außer Berlin, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen) sehen in Konkretisierung von § 29 Abs. 4 S. 4 und 5 Erster GlüÄndStV Härtefallklauseln vor, deren Anwendung jedoch von unterschiedlichen Kriterien abhängt. Die Maßstäbe für die Befreiung von einzelnen Beschränkungen sind in Baden-Württemberg, Hamburg und im Saarland tatsächlicher, rechtlicher oder wirtschaftlicher Art (Betriebsführung, Abschreibung von Investitionen)<sup>102</sup>, in Brandenburg persönlicher Natur (Familie, Alter, Krankheit)<sup>103</sup>. Bayern, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz und Sachsen beziehen sich auf den Zustand der jeweiligen Spielhalle (Gerätezahl, Umfeld des Standorts, Anpassungskonzept)<sup>104</sup>, während Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz und das Saarland auf das schutzwürdige Vertrauen in den Bestand der Erlaubnis abstellen<sup>105</sup>. In Sachsen sind Dispense auf 6 Jahre zu befristen<sup>106</sup>. Bei der Befreiung von Abstandsregelungen räumen Brandenburg und Hamburg der jeweils älteren Erlaubnis den Vorrang ein<sup>107</sup>. In Schleswig-Holstein und Thüringen ist eine Verlängerung der Anpassungsfrist auf höchstens 5 Jahre zu begrenzen<sup>108</sup>. Keine gesonderten Härtefallklauseln finden sich in Berlin, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen, obwohl § 29 Abs. 4 S. 5 Erster GlüÄndStV zwingend vorschreibt, dass die Ausführungsbestimmungen der Länder das Nähere zu regeln haben.

g) Als Fazit dieser geradezu „babylonischen“ Normverwirrung und -verirrung im neuen Spielhallenrecht der Länder bleibt einzig und allein die Feststellung übrig, dass von einer Kohärenz oder Konsistenz der einzelnen Regelungen nicht nur insgesamt, sondern auch innerhalb derselben Sparte auch nicht entfernt die Rede sein kann. Es ist weder ein System zu erkennen, noch wenigstens ein Programm oder ein Plan, nach dem die Ziele des § 1 Erster GlüÄndStV umgesetzt werden. Vor allem mangelt es aber im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der dem Kohärenzgebot zugrunde liegt, zum einen an der Eignung einzelner Maßnahmen zur Bekämpfung der Glücksspielsucht und zum Schutz von Spielern und Jugendlichen, zum anderen an deren Erforderlichkeit. Wenn beispielsweise das Ziel der Abstandsgebote und des Verbots von Mehrfachkonzessionen in erster Linie darin besteht, die Anzahl der Spielhallen im näheren Umkreis oder in der Nachbarschaft von Schul- und Jugendeinrichtungen zu verringern und auf diese Weise die Verfügbarkeit von Spielgelegenheiten zu reduzieren, so fragt man sich, wie dadurch der Neigung zu problematischem oder pathologischem Spiel entgegengewirkt werden kann. Niemand würde beispielsweise auf die Idee verfallen, zu diesem Zweck Mindestabstände für Lotto-Annahmestellen vorzuschreiben.

Was die Erforderlichkeit der einzelnen Beschränkungen angeht, so hat sich angesichts der bunten Vielfalt von Verboten und Auflagen bei allen Materien gezeigt, dass die Ziele des § 1 Erster GlüÄndStV nicht nur mit sehr weitgehenden, sondern auch mit weniger einschneidenden Mitteln erreicht werden können. Kohärent wäre

<sup>100</sup> Vgl. HE: § 15 Abs. 3; SH: § 11 Abs. 4.

<sup>101</sup> Vgl. BL: § 8 Abs. 3; HH: § 9 Abs. 2.

<sup>102</sup> Vgl. BW: § 51 Abs. 4 S. 1, Abs. 5 S. 3 und 4; HH: § 9 Abs. 1 S. 2 und 4; SL: § 12 Abs. 2 bis 5.

<sup>103</sup> Vgl. BR § 7 (Begründung).

<sup>104</sup> Vgl. BY: Art. 12; MV: § 11b Abs. 2; RP: § 11 Abs. 2 Hs. 1; SN: § 18a Abs. 5.

<sup>105</sup> Vgl. HB: § 51 Abs. 5 S. 1 und 2; MV: § 11b Abs. 1; RP: § 11 Abs. 2 Hs. 2; SL: § 12 Abs. 2 bis 5.

<sup>106</sup> Vgl. SN: § 18a Abs. 5.

<sup>107</sup> Vgl. BR: § 7; HH: § 9 Abs. 1 S. 2 und 4.

<sup>108</sup> Vgl. SH: § 11 Abs. 3; TH: § 10 Abs. 2 Nr. 1.

daher nur ein Regelungsgeflecht, das – bei aller Anerkennung des politischen Gestaltungsspielraums der Länder – auf dem niedrigsten Niveau mit den geringsten Belastungen für Aufstellunternehmer von Geldspielgeräten und Betreiber von Spielhallen ansetzen würde. Jedenfalls ist es im Ergebnis den Ländern nicht gelungen, mit Hilfe des Ersten GlüÄndStV ein im Wesentlichen einheitliches, widerspruchsfreies, folgerichtiges und daher kohärentes Rechtsregime auf dem Gebiet des gewerblichen Geldspiels zu schaffen.

#### **V. Kohärenz- und Konsequenzdefizite zwischen staatlichem Glücksspielmonopol für Lotterien, Sportwetten oder Spielbanken und gewerblichem Geldspiel in Spielhallen [horizontale (oder Gesamt-)Kohärenz]**

Wichtigstes Kriterium für eine kohärente und systematische Begrenzung von Spieltätigkeiten im gesamten Bereich des Glücks- und Gewinnspiels [horizontale (oder Gesamt-)Kohärenz] als Voraussetzung für die Rechtfertigung des staatlichen Glücksspielmonopols ist die Folgerichtigkeit und Konsistenz der staatlichen Maßnahmen zur Verhinderung des Entstehens von Spiel- und Wettsucht und zur Schaffung der Voraussetzung für eine wirksame Suchtbekämpfung (vgl. die Ziele in § 1 Abs. 1 Nr. 1 Erster GlüÄndStV). Wenn in einem Bereich, der nicht unter das Monopol fällt, „die zuständigen Behörden eine zur Entwicklung und Stimulation der Spieltätigkeiten geeignete Politik der Angebotserweiterung betreiben, um die aus diesen Tätigkeiten fließenden Einnahmen zu maximieren“, könne „das nationale Gericht berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben, dass ein solches Monopol nicht geeignet ist, die Erreichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels ... zu gewährleisten“. Diese Feststellung des EuGH aus *Carmen Media*<sup>109</sup> lässt sich auch umkehren: Wenn der Staat in Bereichen seines Glücksspielmonopols eine Politik der Expansion, Liberalisierung und Steigerung der Attraktivität verfolgt, während er im freien, gewerblich organisierten Sektor des Geldspiels mit der gleichen Zielsetzung Maßnahmen ergreift, die zu einer Reduktion der Spieltätigkeiten, ihrer zunehmenden Regulierung und Verdrängung (Repressivität) führen sollen, fehlt es ebenfalls an einer kohärenten und systematischen Begrenzung der Glücksspieltätigkeiten mit der Folge, dass sich das staatliche Glücksspielmonopol nicht mehr rechtfertigen lässt, weil es zur Verwirklichung der mit ihm verfolgten Ziele nicht mehr beitragen kann<sup>110</sup>. Um die notwendige horizontale Kohärenz herzustellen, müsste beim Kampf gegen Spielsucht entweder im Monopol „aufgerüstet“ oder im gewerblichen Bereich „abgerüstet“ werden. Ob und wie dies möglich ist, wird im Folgenden näher ausgeführt.

##### *1. Expansion versus Reduktion*

a) Entgegen allen Beteuerungen und Klagen über schwindende Gewinne und ein sinkendes Interesse am öffentlichen Glücksspiel in der Regie des Staates sind Tendenzen zur Angebotserweiterung im Bereich des Monopols unverkennbar. Das zeigt bereits die Entwicklung der Lotterieangebote im DLTB. Beginnend mit dem Fußball-TOTO nach der Währungsreform im Jahr 1948, kam 1952 das Spiel „Super 6“ hinzu, 1955 „LOTTO“, 1967 „Spiel 77“, 1972 „Glücksspirale“, 1999 die Sportwette „ODDSET“, 2004 „KENO“ und zuletzt 2012 „Eurojackpot“. Auch bei Spielbanken hat mit der beschlossenen Neueröffnung einer weiteren Spielbank in Köln eine Expansion stattgefunden. Mit dem Ersten GlüÄndStV wurde erstmals im Rahmen einer Experimentierklausel (§ 10a) das Tor zu Sportwetten auch für private Anbieter aufgrund einer staatlichen Konzession geöffnet.

<sup>109</sup> Urteil v. 08.09.2010 (Slg. 2010 I-08149, Rn. 64 ff., 68).

<sup>110</sup> Vgl. BVerwG ZfWG, 2013, S. 150. Dazu *Dieter Deiseroth*, Eignung und Kohärenz als Bestandteil der unionsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung im Glücksspielrecht, in: *jurisPR-BVerwG* 18/2011, Anm. 2.

Man fragt sich, warum ein solches Experiment nicht auch im Bereich des gewerblichen Spiels unternommen worden ist. Analog zur Übergangsregelung in § 29 Abs. 4 Erster GlüÄndStV hätte man beispielsweise für einen Zeitraum von fünf Jahren vorsehen können, dass 1. keine neuen Spielhallen erlaubt und insbesondere keine weiteren Mehrfachkonzessionen erteilt werden dürfen, dass 2. die Mindestabstände zwischen Spielhallen nur 100 m betragen (wie in Niedersachsen), dass 3. Betreibern von Spielhallen die gleichen Werbemöglichkeiten eingeräumt werden wie sie für staatliche Lotterien sowie Sport- und Pferdewetten existieren (vgl. § 5 Abs. 3 S. 2 Erster GlüÄndStV) und dass 4. die Sperrzeiten auf das staatsvertraglich vereinbarte Minimum von 3 Stunden zu begrenzen sind (vgl. § 26 Abs. 2 Erster GlüÄndStV). Wenn die Annahme zutrifft, dass die massiven Eingriffe in das gewerbliche Geldspiel, wie sie die neuen Ländergesetze mit spielhallenbezogenen Regelungen vorsehen, wirklich geeignet und erforderlich sind, um die Ziele des § 1 Erster GlüÄndStV zu erreichen, dann hätte bereits eine solche Experimentierklausel jedenfalls nach Ablauf von 5 Jahren entsprechende Wirkungen zeigen müssen.

b) Stattdessen wurden mit dem Abstandsgebot und dem Verbot von Mehrfachkonzessionen Vorschriften erlassen, die im Ergebnis zu einer deutlichen und wohl auch beabsichtigten Reduzierung der Anzahl an Spielhallen spätestens von 2017 an nach dem Ablauf der Übergangsfrist von 5 Jahren führen werden. Dass damit der Großteil eines legalen Gewerbes in eine Existenzkrise gerät oder sogar gedrängt werden soll, liegt auf der Hand. Es macht wenig Sinn, die Spieler aus einem Bereich der Legalität mit klaren, bundesrechtlich durch die Spielverordnung (SpielV) vorgegebenen Regeln in die Illegalität des unkontrollierbaren und intransparenten Online-Spiels zu treiben und dabei gleichzeitig den Fortbestand des staatlichen Glücksspielmonopols zu gefährden. Völlig unzureichend, kontraproduktiv und unbestreitbar verfassungswidrig – weil diskriminierend – sind auch Regelungen in Hessen und Schleswig-Holstein über eine vorzeitige Erlaubnispflicht bei jedem Inhaberwechsel eines Spielbetriebs, die dazu führt, dass die Spielhalle schon vor Ablauf der sonst eingeräumten Übergangsfrist von 5 Jahren im bestehenden Zustand weder veräußert noch vererbt werden kann. Die damit verbundenen Eingriffe in das Eigentum und die Berufsfreiheit stellen nicht nur entschädigungspflichtige Beschränkungen dar, sondern haben offensichtlich erdrosselnden Charakter – und all dies, obwohl noch nicht einmal feststeht, ob die zur Reduktion des gewerblichen Geldspiels bestimmten Maßnahmen überhaupt geeignet sind, die Ziele des § 1 Abs. 1 Erster GlüÄndStV zu erreichen oder wenigstens zu fördern. Es gibt dafür zurzeit nicht die geringsten Anzeichen.

## 2. *Liberalisierung versus Regulierung*

a) Neben der Expansion lässt sich auf dem vom Staat monopolisierten Glücksspielsektor auch eine deutliche Tendenz zur Liberalisierung erkennen, die zweifellos auf entsprechenden Druck der EU-Kommission zurückzuführen ist. Eines der Hauptbeispiele für diesen Trend ist außer der begrenzten Einführung des Konzessionsmodells für Sportwetten (§ 10a Erster GlüÄndStV) die weitgehende Freigabe der Werbung nach § 5 Erster GlüÄndStV<sup>111</sup>. Während bis zu dessen Inkrafttreten am 01.07.2012 nach altem Recht Werbung für öffentliches Glücksspiel „auf eine Information und Aufklärung über die Möglichkeit zum Glücksspiel“ beschränkt (§ 5 Abs. 1 GlüStV) und im Fernsehen, im Internet sowie über Telekommunikationsanlagen verboten (§ 5 Abs. 3 GlüStV) war, ist mit § 5 Erster GlüÄndStV „ein neuer Regelungsansatz gewählt worden“. Es müsse den legalen Veranstaltern möglich sein, „auf ihr Spielangebot aufmerksam zu machen und Glücksspiel so anzubieten, dass es nach seiner Art und Ausgestaltung geeignet ist, die Teilnehmer von unerlaubten Angeboten fernzuhalten und ein weiteres Anwachsen des Schwarzmarktes zu verhindern“. Die Zulassung der Werbung im Internet (vgl. § 5 Abs. 3 S. 2 Erster GlüÄndStV) wird mit dem Argument begründet, das Glücksspielan-

<sup>111</sup> Vgl. Jörg Ennuschat, Glücksspielrechtliche Kohärenz und Werbung, in: ZfWG 2011, S. 153-161.

gebot müsse „dort auch beworben werden können, um die Nachfrage auf das legale Angebot hin zu kanalisieren“<sup>112</sup>. Abgesehen vom Verbot einer in Bezug auf Gewinnchancen irreführenden oder an Minderjährige bzw. an gefährdete Zielgruppen gerichteten Werbung (§ 5 Abs. 2 Erster GlüÄndStV) gibt es keinerlei Werbebeschränkungen inhaltlicher Art mehr. Auf eine der alten Regelung entsprechenden Vorgabe, wonach Werbung nicht gezielt zur Teilnahme am Glücksspiel auffordern, anreizen oder ermuntern darf, wurde bewusst verzichtet. Für Sportwetten kann sogar im Fernsehen geworben werden, sofern es sich nicht um Live-Wetten unmittelbar vor oder während der Übertragung des betreffenden Sportereignisses handelt (§ 5 Abs. 3 S. 3 Erster GlüÄndStV).

b) Auf der anderen Seite ist – wie bereits dargestellt<sup>113</sup> – die Werbung für das gewerbliche Geldspiel streng reguliert, ja teilweise sogar überreguliert. Im Gefolge von § 26 Abs. 1 Erster GlüÄndStV sehen alle Länder in ihren Gesetzen vor, dass die Werbung für Spielhallen keinen Aufforderungs- und Anreizcharakter haben darf. Obwohl das Werbeverbot im Internet bereits aufgrund von § 2 Abs. 3 Erster GlüÄndStV auch für Spielhallen gilt, regeln es einige Länder mit Bezug auf § 5 Abs. 3 Erster GlüÄndStV zusätzlich (Bremen, Niedersachsen, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen). Brandenburg untersagt sogar Werbung an der Spielhalle oder in deren unmittelbaren Nähe. In Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, das Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein darf ebenfalls weder für den Spielbetrieb noch für Spielangebote geworben werden. Die Gesetze in Brandenburg, Hamburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen lassen nur noch die Bezeichnung „Spielhalle“ zu. Besteht nicht auch für Spielhallen genügend Anlass, Werbung im gleichen Umfang zu erlauben wie bei Lotterien und Sportwetten, um Teilnehmer von unerlaubten Angeboten fernzuhalten, ein weiteres Anwachsen des Schwarzmarktes zu verhindern und die Nachfrage auf das legale Angebot hin zu kanalisieren? Wer diese Frage mit dem Hinweis auf das angeblich größere Gefährdungspotential des gewerblichen Geldspiels beantwortet, verkennt die Tatsache, dass der Anteil an problematischen oder pathologischen Spielern bei Sportwetten annähernd ebenso groß ist. Im Ergebnis ist also die Inkohärenz zwischen den Regelungen für Spiele und Wetten innerhalb des staatlichen Monopols einerseits und für das gewerbliche Spiel andererseits auf dem Gebiet der Werbung nicht nur besonders augenfällig, sondern setzt letzteres zusätzlich noch einer Diskriminierung aus.

### 3. *Attraktivität versus Repressivität*

a) Alle Bemühungen innerhalb des staatlichen Monopols sind darauf gerichtet, die verschiedenen Glücksspielangebote so attraktiv wie möglich auszugestalten. Das gilt insbesondere für Spielbanken in öffentlicher Hand. Es besteht bei ihnen weder ein Alkohol- oder Rauchverbot, noch ist es untersagt, Speisen und Getränke anzubieten. Auch Geldautomaten sind in Spielbanken erlaubt, über die sich jeder Spieler stets mit neuen Zahlungsmitteln versorgen kann. Im sog. Kleinen Spiel an Slot-Maschinen gibt es weder Obergrenzen für Einsatz, Verlust und Gewinn, noch Vorgaben für Mindestlaufzeiten eines Spiels oder Zwangspausen. Den Glücksspielautomaten selbst fehlt die für eine Limitierung des Risikos wichtige Bauartzulassung, wie sie durch §§ 11 ff. SpielV für gewerbliche Geldspielgeräte vorgeschrieben ist. Insgesamt sind Spielbanken bestrebt, eine Art „Wohlfühlatmosphäre“ zu schaffen, die den Spieler Zeit und Geld vergessen lässt. Zutritt zu dieser „Glamour-Welt“ erhält jeder, der am Eingang zur Identitäts- und Alterskontrolle einen Ausweis vorlegt und in keiner Sperrdatei geführt ist. Danach bleibt er seinem Schicksal überlassen (Stichwort: „Burgtorprinzip“<sup>114</sup>).

<sup>112</sup> So die Begründung zu § 5 Erster GlüÄndStV v. 07.12.2011, S. 28 f.

<sup>113</sup> Vgl. oben S. 180.

<sup>114</sup> Im Einzelnen *Bernd J. Hartmann*, Spielverbote in Spielbanken und Spielhallen. Einlasskontrolle und Sperrsystem am Maßstab von Kohärenz und Konsistenz, in: LKRZ 2013, S. 489-493.

b) Im Unterschied dazu ist das Recht der Spielhallen insgesamt durch eine Politik der Repressivität geprägt. Es besteht im Wesentlichen aus Ge- und Verboten (Stichwort: „Stallwachenprinzip“), die allesamt das Ziel verfolgen, das gewerbliche Geldspiel so einzuschränken, dass der Spieler nicht in Gefahr gerät, unangemessen hohe Verluste in kurzer Zeit zu erleiden (vgl. § 33e Abs. 1 S. 1 GewO). Demzufolge existiert zwischen Spielbanken und Spielhallen ein erhebliches Regelungsgefälle zu Lasten der letzteren<sup>115</sup>. Nirgendwo sonst ist das gewerbliche Geldspiel so restriktiv und repressiv geregelt wie in Deutschland. Angesichts dieses Sachverhalts muss man fast den Eindruck gewinnen, in einer „Verbotsgesellschaft“ zu leben. Das zeigt sich – wie oben bereits dargelegt<sup>116</sup> – insbesondere an den Zugangskontrollen. Einige Länder (z.B. Baden-Württemberg) wollen sogar ein spielformübergreifendes Sperrsystem einführen und stellen insoweit Spielbanken und Spielhallen gleich. Solche Maßnahmen sind nicht zuletzt durch ein starkes Misstrauen gegenüber Betreibern und deren Angestellte geprägt und führen letztlich dazu, dass auch die Öffentlichkeit das gewerbliche Geldspiel in Spielhallen und Gaststätten, umgangssprachlich oft als „Daddeln“ bezeichnet, mit pejorativem Akzent als anstößige, unerwünschte Tätigkeit wahrnimmt. Wer Spielhallen besucht, wird meist, wenn auch zu Unrecht, für einen schwachen, seinem Spieltrieb hilflos ausgesetzten Menschen gehalten. Vor solchen Fehleinschätzungen sind hin und wieder selbst die Gerichte, die über die Recht- und Verfassungsmäßigkeit jener Regelungen zu entscheiden haben, nicht völlig gefeit. Damit stellt sich abschließend die Frage, wie den festgestellten Kohärenz- und Konsistenzmängeln im deutschen Glücks- und Gewinnspielrecht abzuhelpen ist.

## VI. Schlussfolgerungen

Um die beiden Regelungssysteme der Spiele zum einen im Bereich des staatlichen Glücksspielmonopols (Lotterien, Sportwetten, Spielbanken in öffentlicher Hand) und zum anderen auf dem Gebiet des gewerblichen Geldspiels sowohl in sich als auch untereinander besser abzustimmen und die zur Rechtfertigung der Aufrechterhaltung des Monopols notwendige Kohärenz und Konsistenz herzustellen, bieten sich zwei Wege an, die einander keineswegs ausschließen, sondern auch gleichzeitig beschritten werden können: Aufrüstung des staatlichen Monopols und/oder Abrüstung des gewerblichen Geldspiels. Stellt man dabei die Gefahr der Abwanderung eines Großteils gerade der problematischen oder pathologischen Spieler zum illegalen Online-Spiel in Rechnung, bei dem jährliche Zuwachsraten von etwa 30 % zu befürchten sind, dann spricht viel dafür, zunächst die Eingriffe in das überregulierte gewerbliche Geldspiel wieder zu „entschärfen“ und dafür zu sorgen, dass die gestörte Regelungsbalance zwischen staatlichen und privaten Spielsystemen im Sinne einer Gesamtkohärenz wiederhergestellt wird<sup>117</sup>. Viele der neuen Beschränkungen, die der Erste GlüÄndStV und die Ländergesetze mit spielhallenbezogenen Regelungen für das gewerbliche Geldspiel vorsehen, könnten entfallen, wenn man sich beispielsweise auf ein Zertifizierungsverfahren für Spielhallen verständigen könnte, bei dem die Vereinbarkeit mit den Zielen des § 1 Erster GlüÄndStV geprüft und bestätigt wird. Denn in beiden Bereichen besteht das gemeinsame Interesse, das legale Spiel zu fördern und die Spieler von unerlaubten Angeboten fernzuhalten.

<sup>115</sup> Ausführlich dazu *Jutta Kramer*, Spielbanken gegen Spielhallen. Zum sog. Regelungsgefälle zwischen staatlich konzessioniertem Glücksspiel und gewerblichem Geldgewinnspiel, in: WRP 2011, S. 180-188.

<sup>116</sup> Vgl. oben S. 180.

<sup>117</sup> Ähnlich die Erläuterung zu § 5 Erster GlüÄndStV v. 07.12.2011, S. 29: „Allerdings muss das richtige Gleichgewicht gefunden werden zwischen dem Erfordernis einer kontrollierten Expansion der zugelassenen Glücksspiele, um das Glücksspielangebot attraktiv für die Öffentlichkeit zu machen, und der Notwendigkeit, die Spielsucht der Verbraucher so weit wie möglich zu verringern“.