

HENGELER MUELLER

Glücksspielrecht und Normenwahrheit: Eine rechtsstaatliche Bestandsaufnahme zur Erreichung der vorgeblichen und der tatsächlichen Ziele des Glücksspielstaatsvertrags

Glücksspielmarkt Deutschland: Augenmaß und Verantwortung
Pressefachgespräch am 8. Mai 2013

Rechtsanwalt Dr. Dirk Uwer, LL.M., Mag.rer.publ.*

1. Der in Schleswig-Holstein am 8.2.2013 und in allen anderen Bundesländern am 1.7.2012 in Kraft getretene, auf 9 Jahre befristete Erste Glücksspieländerungsstaatsvertrag (1. GlüÄndStV) perpetuiert nach dem Willen der Länder System und Grundkonzeption des am 1.1.2008 in Kraft getretenen Glücksspielstaatsvertrags (GlüStV). Die gegen den GlüStV bestehenden rechtlichen Bedenken werden nicht ausgeräumt, sondern partiell weiter verschärft: Die mangelnde Kohärenz und Systematik des gegenständlich erweiterten Rechtsrahmens einerseits und die Unverhältnismäßigkeit der Beschränkungen privater Marktteilnehmer andererseits künden von einem mangelnden gesetzgeberischen Willen zu einer guten Regulierung der Glücksspielmärkte, und sie schließen eine rechtliche Befriedung dieser Märkte aus.
2. Das durch den GlüStV rechtlich zu zementieren beabsichtigte, faktisch aber stark perforierte Monopolssystem reguliert die am wenigsten gefährlichen Glücksspiele, nämlich herkömmliche Zahlenlotterien, mit dem Veranstaltungsmonopol und strengen Vertriebsbeschränkungen am schärfsten, während andere, aus suchtpreventiver Sicht weit aus bedenklichere Glücksspiele von Privaten veranstaltet werden dürfen. Die mit dem 1. GlüÄndStV versuchte Reparatur des vom Europäischen Gerichtshof und ihn folgend der deutschen Rechtsprechung infolge der Inkohärenz und der mangelnden Systematik als europarechtswidrig beanstandeten GlüStV ist gescheitert. Die Einbeziehung des bisher adäquat bundesrechtlich geregelten gewerblichen Automatenspiels in das glücksspielrechtliche Regulierungsregime der Länder ist gesetzgebungstechnisch misslungen,

* Kontakt: Dr. Dirk Uwer, Partner
Hengeler Mueller
Benrather Straße 18-20, 40213 Düsseldorf
Tel. +49 211 8304 141, Fax +49 211 8304 170
dirk.uwer@hengeler.com www.hengeler.com

weil das Nebeneinander von Spielrecht des Bundes, teils schon kompetenziell verfassungswidrigen Landes-Spielhallengesetzen und GlüStV zu einer regulatorischen Hypertrophie führt, die zu einer erfolgversprechenden Klagewelle geradezu einlädt. Schon jetzt belegen die zahlreichen, berechtigten gerichtlichen Angriffe betroffener Unternehmer gegen das neue Spielhallenrecht, dass Rechtsfrieden ohne eine grundsätzliche Umsteuerung – weg von einem vorgeblich ordnungsrechtlich motivierten Prohibitions- und hin zu einem wirtschaftsrechtlich akzentuierten Regulierungsregime – nicht zu erreichen sein wird. Jenseits der inneren Legitimation des rechtlichen Vorgehens in ihrer Existenz gefährdeter Unternehmen sind solche flächendeckenden Abwehrmaßnahmen auch gerechtfertigt, weil die Länder durch die jüngsten gesetzgeberischen Maßnahmen die europarechtlichen Anforderungen an Kohärenz und Systematik der Beschränkungen in bisher ungekanntem Maße missachtet haben: Dem unverändert strikten Monopolsystem bei den großen, fiskalisch besonders lukrativen Lotterien steht ein – wenn auch halbherziges, exekutivisch im laufenden Vergabeverfahren nachgerade sabotiertes – „liberales“ Konzessionssystem bei Sportwetten gegenüber, ohne dass eine belastbare europa- und verfassungsrechtliche Legitimation für diese Paradoxie ordnungsrechtlicher Eingriffsintensitäten bestünde. Einen ebenso grellen Kontrast bilden die überbordenden Beschränkungen des gewerblichen Automatenspiels einerseits mit dem keinen nennenswerten Beschränkungen unterliegenden Automatenpiel in den staatlichen oder staatlichen lizenzierten Spielbanken.

3. Dass die Länder im Glücksspielwesen mit dem GlüStV fiskalisch, ökonomisch und wiederholt auch juristisch gescheitert sind, ist heute nahezu allgemeine Auffassung. Das etatistische, irrational anmutende Modell der Glücksspielregulierung in Deutschland ist zuletzt durch die Monopolkommission gerügt worden, die in ihrem jüngsten Hauptgutachten vom 30.6.2012 den Ländern pünktlich zum Inkrafttreten der GlüStV-Novelle attestiert hat, dass auch mit dem 1. GlüÄndStV „die gesellschaftlichen Ziele der Regulierung und deren Neuregelung immer noch nicht erreicht werden können“. Der Glücksspielstaatsvertrag figuriert in den seriösen Teilen der Rechts- und Staatswissenschaften einhellig als ein Dokument des Glücksspielstaatsversagens. Dass die Länder mit dem 1. GlüÄndStV eine Politik des strikten „Weiter so“ verfolgen, ist vor diesem Hintergrund nicht bloß ein programmierter Rechtsverstoß, sondern wirft auch tiefere rechtliche Legitimationsfragen auf, die erst nach und nach in den Blick der Rechtstatsachenforschung geraten und der vor allem staatsrechtlichen Fundamentierung harren.
4. Schlechte Gesetze gibt es viele, und das ist bis zur Grenze der Verfassungswidrigkeit im demokratischen Rechtsstaat hinzunehmen, wer sie beseitigen will, möge auf andere politische Mehrheiten hinwirken. Wie aber verhält es sich, wenn der „schlechte“ Gesetzgeber auch unlauter ist, wenn er Gesetze schafft, deren tatsächliche Motivation eine andere ist als die erklärte, etwa weil die wahre Begründung dem Gesetz die verfassungsrechtliche Legitimation nähme? Mit dieser Frage werden sich in den kommenden Jahren die Gerichte und die Wissenschaft zu beschäftigen haben. Im rechtsstaatlichen Idealzustand stellt sich regelmäßig nicht die Frage, warum der Gesetzgeber bewusst andere Re-

gelungsziele angeben sollte als diejenigen, die er tatsächlich verfolgen möchte, schließlich hat er doch ein weites gesetzgeberisches Ermessen, aus welchen Gründen er bestimmte Lebensbereiche in welcher Intensität einer Regelung unterwerfen will. Zwar ist die Bindung an das Gemeinwohl selbstverständliche Voraussetzung jeder verfassungsrechtlich gebundenen Gesetzgebung, aber die Gemeinwohlkonkretisierung liegt in der Hand des demokratisch legitimierten Gesetzgebers: Alle formell verfassungskonform zustande gekommenen Gesetze haben, soweit sie nicht materiell gegen die Verfassung verstoßen, als „gemeinwohrlichtig“ zu gelten. Täuscht der Gesetzgeber den Normadressaten über seine wahren Ziele, weil diese zu offenbaren das Gesetz dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit aussetzt, ist die verfassungsrechtliche Lage indes weniger eindeutig als es das Unwerturteil des Rechtsunterworfenen nahelegt: So wenig der Gesetzgeber lügen darf, so wenig kann das unwahr begründete Gesetz die Grundrechte beschränken, das „lügende“ Gesetz ist verfassungswidrig. Die verfassungsrechtliche Untermauerung dieser These ist schwierig, weil der Gesetzgebungswissenschaft dafür bislang nicht genügend eindeutiges Anschauungsmaterial vorlag. Genese und Implementation des Glücksspielstaatsvertrag füllen diese Lücke – wenn auch in rechtsstaatlich besorgniserregender Weise.

5. Nach vier Jahren Erfahrung mit dem GlüStV ist der empirische Befund eindeutig: Vordergründig begründeten die Länder den Staatsvertrag – in enger Anlehnung an die Diktion des Bundesverfassungsgerichts im Sportwettenurteil – mit dem Suchtpräventionsgedanken, und zwar auch zur Einführung von Verschärfungen, etwa im Bereich der gewerblichen Spielvermittlung, bei denen etwaige Suchtpräventionsdefizite oder –notwendigkeiten weder im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens noch später belegt wurden. Der behauptete Gesetzeszweck hatte und hat also keine empirische Grundlage und ist deshalb unwahr. Im Bemühen um vordergründige Legitimation durch Suchtbekämpfung haben die Länder um die Sicherung ihrer Monopolrente willen eine Suchtgefahr teils frei erfunden (etwa bei den Klassenlotterien) oder überhöht (etwa bei Sofortlotterien). Tatsächlich sind die in der Begründung des GlüStV behaupteten Suchtgefahren nach sämtlichen wissenschaftlichen Erkenntnissen namentlich bei den im Staatsmonopol veranstalteten Lotterien so gering, das sich damit Beschränkungen privater Glücksspielanbieter auf einem restriktiven Niveau, wie der GlüStV sie vorsieht, nicht rechtfertigen lassen. Die wahren Gründe des GlüStV – Sicherung der Monopolrente und Wettbewerbsverhinderung – können hingegen Beschränkungen privater Glücksspielanbieter von vornherein nicht rechtfertigen. Diese eigentliche legislative Begründung für den GlüStV ist daher als solche verfassungswidrig. Die vorgeschobene Begründung der Suchtprävention dient also allein dazu, den Staatsvertrag vor dem Hintergrund des Sportwettenurteils des BVerfG gerichtsfest zu machen.
6. Die Landesparlamente waren und sind also in einem gesetzgeberischen Dilemma: Die wahren, fiskalischen Ziele des GlüStV sind von vornherein verfassungsrechtlich ungeeignet, ein Monopol – als schwersten Eingriff in die Berufsfreiheit – zu rechtfertigen. Das vorgeschobene Ziel der Suchtbekämpfung ist demgegenüber unlauter, weil es empirisch

keine ausreichenden Belege insbesondere für eine „Lottosucht“ gibt. Die Begründung des Staatsvertrags lässt dabei erkennen, dass die Exekutive den Landtagen in Form der Täuschung über die wahre Motivation einen Ausweg aus diesem Dilemma zu verschaffen versucht hat, was dieser zur Sicherung der damit einhergehenden Monopolrente gerne aufgenommen hat.

7. Bei Staatsverträgen kommt legitimatorisch generell erschwerend hinzu, dass an den Wahrheitsgehalt der Begründung für einen Staatsvertrag besonders strenge Maßstäbe anzulegen sind. Die Regelungen eines Staatsvertrags samt Erläuterungen werden von der Exekutive verfasst. Im anschließenden parlamentarischen Verfahren zum Erlass des Zustimmungsgesetzes, mit dem der Staatsvertrag in Landesrecht transformiert wird, sind die Einflussmöglichkeiten der Legislative in verfassungsrechtlich bedenklichem Umfang begrenzt. Die Landtage haben keine Möglichkeit, in den Staatsvertrag und seine Begründung, die – systemimmanent – später als von ihnen autorisierte „Gesetzesbegründung“ figuriert, korrigierend einzugreifen. Sie können den Staatsvertrag nur als Ganzes ablehnen – was unter den parlamentarischen Gegebenheiten einem partikularen Misstrauensvotum gegen die von den Mehrheitsfraktionen getragene Landesregierung gleichkäme – oder ihm unbedingt zustimmen. Diesen Umstand haben sich die Autoren des GlüStV und des 1. GlüÄndStV zunutze zu machen gewusst.
8. Würde man demoskopisch die Frage stellen, ob der Gesetzgeber lügen darf, wäre das Ergebnis wohl eindeutig: Das darf er im Rechtsstaat des Grundgesetzes sicher nicht, und er darf es auch dann nicht, wenn die Exekutive ihn in der Sondersituation der Staatsvertragsratifizierung dazu verleitet. Weder die Staatsrechtslehre noch die Verfassungsgerichte haben bislang eindeutige Ergebnisse für diese Sondersituation vorgezeichnet. Anknüpfungspunkte für weiterführende staatsrechtliche Untersuchungen innerhalb etablierter Kategorien bilden die Institute der „symbolischen Gesetzgebung“ und mehr noch das „Gebot der Folgerichtigkeit“ als Ausprägung der Normenwahrheit. Hier ist erheblicher Forschungsbedarf zu verzeichnen. Im paternalistischen Staat der Moderne geht es dabei um nicht weniger als die Legitimität und Rationalität von Gesetzgebung. Das gilt selbstverständlich auch für die Regulierung der Glücksspielmärkte.
9. Einer vertieften Analyse unter rechtsstaatlichen Aspekten bedürfen auch Implementations- und Vollzugsfragen einzelner Teilbereiche des derzeitigen glücksspielrechtlichen Regimes. Dazu gehört vor allem das glücksspielspezifische Werberecht. Schon im Rahmen der Anhörungen zum GlüStV wurde erfolglos gerügt, dass der GlüStV die traditionellen Werbemedien des Deutschen Lotto- und Totoblocks (Rundfunkwerbung, Plakatwerbung, Zeitungs- und Zeitschriftenwerbung) unangetastet ließ, während die überwiegend von privaten Anbietern genutzten Werbemedien entweder ganz verboten wurden (Fernseh- und Internetwerbung) oder ihre Nutzung erheblich erschwert wurde (Inbound-Telefonie). Die im 1. GlüÄndStV vorgesehene Werberichtlinie, die inzwischen in der Fassung vom 7.12.2012 in Kraft gesetzt wurde, war im Vorfeld erheblichen verfassungsrechtlichen Angriffen ausgesetzt, weil die Entwürfe der Richtlinie in beispielloser Weise ein

Zensurverfahren unter eklatantem Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG vorsehen. Diesen Einwänden wurde nur teilweise Rechnung getragen.

10. Rechtsstaatliche Bedenken rufen die permanenten Interessenverflechtungen zwischen den Monopolgesellschaften des DLTB und den Glücksspielaufsichtsbehörden hervor. So ist beispielsweise die für die Glücksspielaufsicht zuständige Unterabteilungsleiterin im nordrhein-westfälischen Innenministerium zugleich Mitglied des Beirats der Westdeutschen Lotterie GmbH & Co OHG (Westlotto). Dieser Interessenkonflikt untermauert die Besorgnis anderer Marktteilnehmer, dass die Veranstaltungs- und Werbeerlaubnisse für Westlotto faktisch bloße Insichgenehmigungen sind. Die Unabhängigkeit der ordnungsrechtlichen Aufsicht über das Marktverhalten der Monopolgesellschaft wird unnötigerweise in Zweifel gezogen, wenn die oberste Aufsichtsbeamtin zugleich als Beiratsmitglied auf das Unternehmensinteresse ebendieser Gesellschaft verpflichtet ist. Ähnliche Verflechtungen bestehen in den anderen Bundesländern. Solche strukturellen Phänomene des deutschen Glücksspielmarkts, für die es zahlreiche weitere Beispiele gibt, sind rechtsstaatlich prekär. Sie zu identifizieren und analysieren, ist Aufgabe der Wissenschaft – und wiederum der Gerichte –, sie zu beseitigen, Aufgabe einer Politik mit „Augenmaß und Verantwortung“.

* * *