

Winfried Kluth

Die Gesetzgebungskompetenz
für das Recht der Spielhallen
nach der Neufassung des
Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG



Band 19

Hallesche Schriften zum Öffentlichen Recht

Herausgegeben von

Winfried Kluth, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Winfried Kluth

**Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht
der Spielhallen nach der Neufassung des
Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG**

Prof. Dr. Winfried Kluth ist seit 1998 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg und seit Dezember 2000 Richter am Landesverfassungsgericht Sachsen-Anhalt.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnd.d-nb.de> abrufbar.

XXVIII

© Universitätsverlag Halle-Wittenberg, Halle an der Saale 2010

Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

ISBN 978-3-86977-027-7

Vorwort

Im Rahmen der Föderalismusreform I hat der Bundesgesetzgeber zur Stärkung der Gesetzgebungskompetenz der Länder einzelne Regelungsgegenstände mit spezifisch regionalen Bezügen in die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit der Länder überführt. Aus dem Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes betrifft dies auch das bislang im Recht der Wirtschaft verortete Recht der Spielhallen. Es handelt sich nach bisheriger Rechtslage um einen kleinen Ausschnitt aus der Gewerbeordnung, die in den §§ 33c bis 33i geregelt ist. Das Herausschneiden eines solchen integralen Bestandteiles eines Bundesgesetzes und seine Überführung in die Zuständigkeit der Länder wirft mannigfache Abgrenzungsfragen auf, denen im vorliegenden Zusammenhang nicht zuletzt deshalb besondere Bedeutung zukommt, weil in diesem Bereich durch die verschärften Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht an die Bekämpfung der Spielsucht im Bereich der staatlichen Monopole (Lotteriewesen, Spielbanken etc.) stellt, auch Fragen des Wettbewerbs und der Kohärenz eine große Rolle spielen. Vor diesem Hintergrund wird in der vorliegenden Untersuchung, die auf Veranlassung der Spitzenverbände der deutschen Unterhaltungsautomatenwirtschaft erarbeitet wurde, der Frage nach der sachlichen Reichweite der neuen Gesetzgebungszuständigkeit der Bundesländer nachgegangen. Dabei wurde auch die neueste Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt.

Halle, im November 2010

Winfried Kluth

Inhalt

Vorwort	5
---------------	---

ERSTER TEIL: AUSGANGSLAGE UND AUFGABENSTELLUNG

I. Ausgangslage	11
1. Das neue Zugriffsrecht der Länder auf das Recht der Spielhallen	11
2. Unterschiedliche Ansichten über die Reichweite der Regelungsbefugnis der Länder	13
II. Fragestellungen und Gang der Untersuchung	15
1. Fragestellungen des Rechtsgutachtens	15
2. Überblick zum Gang der Untersuchung	15

ZWEITER TEIL: RECHTLICHE BEGUTACHTUNG

I. Grundstrukturen des Glücksspielmarktes und des Glücksspielrechts	17
--	----

1.	Begriff und Erscheinungsformen des Glücksspiels	17
a)	Glück und Spiel – die anthropologische Perspektive als Ausgangspunkt	17
b)	Erste Eingrenzungen	18
2.	Glücksspiel im Spannungsfeld von Unterhaltung, doppelter Gewinnerwartung und Vermögens- und Gesundheitsgefährdung	19
a)	Bewältigung von Interessenkonflikten durch Gesetze . . .	19
b)	Spezifische Interessenkonflikte im Bereich des Glücksspiels	19
(1)	Glücksspiel als Unterhaltung	20
(2)	Die Bedeutung der Gewinnerwartung	20
(3)	Glücksspiel als Wirtschaftsfaktor	21
(4)	Vom Glücksspiel zur Suchtkrankheit	23
(5)	Glücksspiel und Kriminalität	27
(6)	Das begrenzte staatliche Glücksspielmonopol der Länder	29
(7)	Erste verfassungsrechtliche Folgerungen	31
3.	Kompetenzrechtliche Segmentierung des Glücksspielrechts . .	32
4.	Auswirkungen auf das Glücksspielrecht und den Glücksspielmarkt	34
5.	Zwischenergebnis	35
II.	Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen .	36
1.	Die Gesetzgebungskompetenz für das Glücksspiel im Allgemeinen und die Spielhallen im Besonderen bis zur Föderalismusreform 2006	36
2.	Die Überführung der Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen in die ausschließliche Landesgesetz- gebungskompetenz durch die Föderalismusreform 2006	37

a) Begründung einer ausschließlichen Landesgesetz- gebungskompetenz	37
b) Entstehungsgeschichte	37
c) Schlussfolgerungen	40
III. Methodische Grundsätze der Kompetenzzuordnung und der Interpretation von Kompetenznormen	41
1. Besonderheiten der Normstruktur und Interpretation von Kompetenznormen	41
2. Besonderheiten der Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat	44
3. Existenz und Behandlung von Doppelzuständigkeiten in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes	45
a) Beschluss zum Beschussgesetz – BVerfGE 8, 143	46
b) Beschluss zu § 24 GewO – BVerfGE 41, 344	48
c) Urteil zum G 10 – Gesetz – BVerfGE 100, 313	49
d) Schlussfolgerungen	52
4. Die Reichweite der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Glücksspiel auf der Grundlage des Rechts der Wirtschaft	53
5. Die Anforderungen an die Widerspruchsfreiheit zwischen Landesgesetzgebung und Bundesgesetzgebung	54
6. Schlussfolgerungen	57
IV. Die sachliche Reichweite der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Recht der Spielhallen	58
1. Interpretation des Tatbestandsmerkmals „Spielhallen“	58
a) Wortlaut	58
b) Entstehungsgeschichte	59
c) Systematische Interpretation	60

d)	Teleologische Interpretation	61
e)	Zwischenergebnis	61
2.	Anforderungen an das Gebrauchmachen von „Ersetzungsbefugnis“ gem. Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG	61
3.	Anforderungen an die Kohärenz der Regelungen zum Glücksspiel in Spielbanken und zum gewerblichen Geldgewinnspiel in Spielhallen	62
a)	Die Forderung nach Kohärenz der Schutzmaßnahmen ..	62
b)	Verortung des Kohärenzgebotes	67
c)	Inhalt des Kohärenzgebotes	68
d)	Anwendung auf das gewerbliche Geldgewinnspiel	69
4.	Ersetzungsbefugnisse der Länder in Bezug auf Regelungen zur „Gefahrenabwehr“ im Bereich der gewerblichen Geldgewinnspielgeräte	78
a)	Technische Vorgaben für gewerbliche Geldgewinnspielgeräte	79
b)	Raumbezogene Anforderungen an Spielhallen	81
(1)	Festlegung der Aufstellorte	84
(2)	Aufstellungsmodalitäten	85
c)	Anforderungen an Betreiber und Personal	86
d)	Allgemeiner Erlaubnisvorbehalt	86

DRITTER TEIL:

ZUSAMMENFASSUNG DER ERGEBNISSE IN THESEN 89

Anlagen

Umsätze auf dem Glücks- und Gewinnspielmarkt	91
Bruttospielerträge / Kassen auf dem deutschen Glücks- und Gewinnspielmarkt	92
Pressemitteilung vom 10.07.2008	93

Erster Teil: Ausgangslage und Aufgabenstellung

I. Ausgangslage

1. *Das neue Zugriffsrecht der Länder auf das Recht der Spielhallen*

Jede Verlagerung von Gesetzgebungskompetenzen innerhalb eines föderalen Systems muss auch den Übergangsprozess in den Blick nehmen und regeln. Das gilt vor allem dann, wenn eine Verlagerung von der Bundes- auf die Länderebene vorgesehen ist, da ein fortbestehendes Bundesgesetz in diesen Fällen nicht das neu erlassene Landesrecht gem. Art. 31 GG derogieren darf. Besondere Schwierigkeiten treten zudem dann auf, wenn nicht ganze Gesetzgebungsmaterien, sondern nur Teilbereiche derselben den Ländern zugeordnet werden und es der genauen Bestimmung der „Schnittstellen“ bedarf.

Das Grundgesetz hat sich dieser Thematik bereits im Entstehungszeitpunkt „gewidmet“ und in Art. 125 eine Regelung zur Fortgeltung von vorkonstitutionellem Recht getroffen. 1994 wurde sodann durch das 42. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes¹ mit Art. 125a GG eine Regelung eingeführt, die in den beiden ersten Absätzen auf die Verlagerung bzw. den Wegfall² von Gesetzgebungskompetenzen auf die Länder reagiert und in diesem Zusammenhang sowohl die Fortgeltung des Bundesrechts als auch das „Zugriffsrecht“ der Länder regelt. Der dritte Absatz regelt den umgekehrten Fall der „Abwanderung“ einer Gesetz-

1 G. v. 27.10.1994, BGBl. I S. 3146. Dazu *Rybak/Hofmann*, NVwZ 1995, 230 ff. Vertiefend zur Entstehungsgeschichte und mit weiteren Nachweisen *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Komm.z.GG. (Lfg. 46, März 2006), Art. 125a, Rn. 2 ff.

gebungskompetenz von der Landes- auf die Bundesebene. Im Rahmen der Föderalismusreform 2006 wurde die Vorschrift durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes geändert und erweitert.³ Durch das gleiche Änderungsgesetz wurde für den Bereich der bisherigen Rahmengesetzgebung in Art. 125b GG eine weitere Übergangsregelung eingeführt, die im vorliegenden Zusammenhang aber nicht von Bedeutung ist.

Übergangsregelungen können unterschiedlich ausgestaltet werden. In Betracht kommt die Vorgabe von bestimmten Zeitpunkten für das Außer-Kraft-Treten von Gesetzen, die auf der bisherigen Kompetenzzuweisung beruhen.⁴ Denkbar ist aber auch eine Regelung, die eine unbegrenzte Fortgeltung anordnet, dem neuen Kompetenzinhaber aber ein Zugriffs- bzw. Ersetzungsrecht einräumt, wobei dieses auch inhaltlich näher ausgestaltet werden kann (nur volle oder auch partielle Ersetzungsbefugnis).⁵

In Art. 125a GG werden in den Absätzen 1 und 2 verschiedene Regelungstechniken verwendet: Während Absatz 1 auf der Basis einer allgemeinen Fortgeltungsanordnung den Ländern ein freies Zugriffsrecht einräumt, so dass sie jederzeit das bisherige Bundesrecht durch Landesrecht ersetzen können, setzt Absatz 2 eine Freigabe durch den Bundgesetzgeber voraus, die aber nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts eingefordert werden kann.⁶

Für den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung, der in Nr. 11 auch das Recht der Wirtschaft und innerhalb dieses Sachbereichs auch das Recht der Spielhallen erfasst, ist in erster Linie Art. 125a Abs. 1 GG

2 Das bezieht sich auf den Wegfall der Subsidiaritätsanforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG, auf den Art. 125a Abs. 2 GG abstellt und zu dem sich überdies weitere Vorgaben in Art. 72 Abs. 4 GG sowie Art. 93 Nr. 2a GG finden. Zu Einzelheiten *Uhle*, (Fn. 1), Art. 125a, Rn. 32 ff.

3 G. v. 28.08.2006, BGBl. I S. 2034. Dazu *Lindner*, NJW 2005, 399 ff.; *Uhle*, DÖV 2006, 370 ff.

4 Von dieser Möglichkeit macht Art. 125b GG Gebrauch.

5 Siehe dazu auch BVerfGE 111, 10 (29 f.).

6 BVerfGE 111, 10 (31); dazu *Uhle*, (Fn. 1), Art. 125a, Rn. 45.

einschlägig, insoweit für die Bereiche „..“ durch die Föderalismusreform 2006 „ausschließliche“ Landesgesetzgebungskompetenzen⁷ begründet wurden. Den Ländern wird demnach das Recht zur Ersetzung der bisherigen bundesgesetzlichen Regelungen ermöglicht. Darüber hinaus kommt im Falle eines Wegfalls der Subsidiaritätsanforderungen nach Art. 72 Abs. 2 GG auch ein Anspruch auf Freigabe nach Art. 125a Abs. 2 GG in Betracht.

Speziell für das „Recht der Spielhallen“ ist vor diesem Hintergrund eine rechtspolitische und wissenschaftliche Kontroverse über die inhaltliche Reichweite des Zugriffsrechts der Länder entbrannt,⁸ die zugleich eine Reihe sehr grundsätzlicher methodischer Fragen aufwirft. Dabei geht es vor allem um das Gewicht der Intention(en) des historischen Gesetzgebers sowie die Möglichkeit des Rückgriffs auf einfachgesetzliche Befunde bei der Auslegung von Kompetenznormen.

2. *Unterschiedliche Ansichten über die Reichweite der Regelungsbefugnis der Länder*

Übertragen auf den Gegenstand „Recht der Spielhallen“ bedeutet dies konkret, ob der verfassungsändernde Gesetzgeber die Länder nur zur Ersetzung des § 33i GewO („Spielhallen und ähnliche Unternehmen“) ermächtigt hat oder ob damit eine weit reichende (Neu-) Interpretationsbefugnis der Landesgesetzgeber zur Ausgestaltung des Rechts der Spielhallen begründet worden ist.

Die Tragweite der zweiten Ansicht wird deutlich, wenn man sich die von *Dietlein* aufgelisteten Regelungsmöglichkeiten der Landesgesetzgeber⁹ vor Augen führt. Diese sollen u.a. folgende Aspekte umfassen:

7 Zu dieser (nicht ganz) neuen Kompetenzform *Kluth*, in: ders. (Hrsg.), Föderalismusreformgesetz, 2007, Art. 74, Rn. 35 ff.

8 Siehe an dieser Stelle nur *Dietlein*, ZfWG 2008, 12 ff. einerseits und *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009 andererseits.

9 *Dietlein*, ZfWG 2008, 12 (17 ff.).

- Die Definitionshoheit des Landesgesetzgebers in Bezug auf den „Lebensbereich“ Spielhallen, u.a. durch Einbeziehung von Spielhallen ohne aufgestellte „Geräte“ bzw. Automaten.
- Die Entscheidung für einen unternehmensbezogenen anstelle eines raumbezogenen Spielhallenbegriffs.
- Die Aufgabe des Erfordernisses einer überwiegenden oder ausschließlichen Nutzung der Spielhalle für das Angebot von Gerätespielen.
- Der Übergang zu einem ordnungsrechtlichen Regelungsansatz mit zusätzlichen Anforderungen an das Aufstellen von Spielautomaten.

Es geht demnach um die These, dass der Landesgesetzgeber auf Grund der neuen Gesetzgebungskompetenz zu einer grundlegenden Neuordnung des gewerblichen Geldgewinnspiels in Spielhallen berechtigt ist, eine konzeptionelle Neuausrichtung eingeschlossen.

Die bislang ganz überwiegend vertretene engere Auffassung¹⁰ versteht die Gesetzgebungskompetenz der Länder dagegen im Lichte eines die Verfassungsänderung leitenden „Regionalprinzips“ (Stichwort: „lokale Radizierung“ der Materie) auf solche Aspekte beschränkt, die an den „Ort Spielhalle“ anknüpfen, nicht jedoch das Geldgewinnspiel als solches betreffen.

Vor dem Hintergrund einer derart weit reichenden Divergenz der Auslegungsergebnisse, die zudem mit einem erheblichen methodischen Aufwand begründet werden, erweist sich sowohl aus praktisch-wirtschaftlichen Gründen als auch aus Gründen der Rechtsklarheit sowie einem rein rechtswissenschaftlichen Interesse eine vertiefende Analyse als notwendig und geboten.

10 U.a. *Höfling/Rixen*, GewArch 2008, 1 (7 f.); *Schönleiter*, GewArch 2006, 371 f.; *Ennuschat/Brugger*, ZFWG 2006, 292 ff.; *Schneider* (Fn. 8), S. 36 ff.

II. Fragestellungen und Gang der Untersuchung

1. *Fragestellungen des Rechtsgutachtens*

Gegenstand des Rechtsgutachtens ist die genaue Bestimmung der Reichweite der „neuen“ Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Recht der Spielhallen gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und des damit verbundenen Ersetzungsrechts gem. Art. 125a Abs. 1 GG unter besonderer Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte und ihrer Fokussierung auf das Regionalprinzip. Es geht dabei auch um eine umfassende Analyse der in der Gesetzgebungskompetenz verankerten alternativen Regelungs- und Gestaltungsmöglichkeiten, da der Landesgesetzgeber ebenso wenig wie der Bundesgesetzgeber bislang auf nur eine Regelungsmöglichkeit in Gestalt des aktuellen § 33i GewO und der korrespondierenden Regelungen der SpielV beschränkt sein kann.

2. *Überblick zum Gang der Untersuchung*

Diesen Fragestellungen geht die Untersuchung im zweiten Teil in folgenden Schritten nach:

In einem ersten Schritt werden zur besseren Verortung der rechtlichen Problematik die Grundstrukturen des Glücksspielmarktes und des Glücksspielrechts vermessen und das Recht der Spielhallen in diesem Gesamtsystem verortet. Dabei wird auch auf die kompetenzrechtliche Segmentierung des Glücksspielrechts eingegangen.

In einem zweiten Schritt wird die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen in ihrem Veränderungsprozess durch die Föderalismusreform 2006 untersucht.

In einem dritten Schritt wird nach den methodischen Grundsätzen gefragt, die bei der Interpretation der neuen Kompetenz zu berücksichtigen sind. Dabei wird in Sonderheit auf die Problematik der sog. Dop-

pelzuständigkeiten eingegangen, die beim Glücksspielrecht eine besondere Rolle spielt.

Auf der Grundlage der so gewonnenen Erkenntnisse wird in einem vierten Schritt sodann der Kompetenztitel „Recht der Spielhallen“ in seinen Einzelheiten bestimmt. Dabei wird zugleich die sachliche Reichweite von möglichen Regelungsalternativen für das Recht der Spielhallen vermessen, wobei dies nur auf der Grundlage von Hypothesen erfolgen kann.

Im dritten Teil der Untersuchung werden die gewonnenen Ergebnisse schließlich in knappen Thesen zusammengefasst.

Zweiter Teil: Rechtliche Begutachtung

I. Grundstrukturen des Glücksspielmarktes und des Glücksspielrechts

1. *Begriff und Erscheinungsformen des Glücksspiels*

a) Glück und Spiel – die anthropologische Perspektive als Ausgangspunkt

Der Einsatz von Glücksspielautomaten ist ein sowohl phänotypisch prägender (das Bild von Glücksspielautomaten bestimmt neben dem Roulette maßgeblich die bildhafte Assoziation von Glücksspiel) als auch wirtschaftlich bedeutsamer Teil des Glücksspiels in einem weit verstandenen Sinne.

Die Wortkomposition „Glücks“-„Spiel“ verbindet zwei für das menschliche Verhalten wesentliche Gesichtspunkte, die bereits in der klassischen Anthropologie des Aristoteles anzutreffen sind. Die Ausrichtung auf das Glück als der ultimativen Erfüllung des Lebenszwecks¹¹ auf der einen Seite und die Herausstellung des homo ludens als Pendant und Ausgleich zum homo faber auf der anderen Seite, wobei die mit dem Spiel verbundene Unterhaltung darin ebenso zum Tragen kommt wie die Veranlagung, durch Versuch und Wagnis zur Erkenntnis bzw. zum Erfolg zu kommen.¹²

11 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch I.

12 Dieser gedankliche Zusammenhang kommt eindrucksvoll in der auch spieltheoretischen Begründung der Marktwirtschaft bei *F.A. von Hayek* zum Ausdruck.

Diese spezifische Nähe des Glücksspiels zur menschlichen Natur erklärt zunächst den Umstand, warum Glücksspiel in seinen zahlreichen Erscheinungsformen in nahezu allen Gesellschafts- und Kulturformen anzutreffen ist, dabei zugleich aber auch immer wieder von Argwohn begleitet wurde und wird. Nicht nur die Relativierung des *homo faber* und damit des mühevollen Broterwerbs,¹³ sondern auch die mit der Faszination des Wagnisses verbundene Gefahr der Selbstüberschätzung und des Selbstverlustes, die vielfach in der Weltliteratur Niederschlag gefunden hat,¹⁴ steht hier mahnend im Raum. Erst vergleichsweise spät hat man sich der Einsicht geöffnet, vor diesem Hintergrund die Spielleidenschaft auf eine Ebene mit anderen Suchtkrankheiten zu stellen und zu erforschen.¹⁵

b) Erste Eingrenzungen

Nicht alle Verhaltensweisen, bei denen Glück im Spiel ist, sind als Glücksspiel zu qualifizieren. Das Spezifikum, das sowohl Recht als auch Moral dazu motivieren, dem Glücksspiel eine genauere begriffliche Kontur zu verleihen und zum Gegenstand von Normierungen zu machen, wird allgemein in der Verbindung von Spiel und Vermögen gesehen. Erst dann, wenn es um geldwerte Investitionen in ein Spiel geht, dessen Ausgang nicht durch Fähigkeit und Wissen beeinflusst werden kann, sondern vom Glück im Sinne des Zufalls abhängt (Hazard), wird ein Bewertungs- und Regelungsbedarf im Sinne einer Beschränkung gesehen. Neben der Selbstgefährdung durch eine Spielsucht kommt die nicht minder bedeutsame Gefahr einer gezielten oder gar betrügerischen Ausnutzung der Spielleidenschaft durch die Anbieter bzw. Veranstalter hinzu. Auch in diesem Bereich weiß der Gesetzgeber um eine lange und dunkle Tradition, auf die er angemessen zu reagieren hat.

Da sowohl die allgemeine tatbestandliche Erfassung des Glücksspiels als auch Art und Reichweite der Reglementierung entsprechendes

13 Siehe dazu bereits die biblische Formulierung im Buch Genesis 3, 19.

14 *Dostojewski*, Der Spieler, 1866.

15 Bezogen auf Geldspielautomaten: *Bühringer/Türk*, Geldspielautomaten: Freizeitvergügen oder Krankheitsverursacher, 2000, S. 11 ff.

Angebot als Reaktion auf diesen Zusammenhang zu verstehen und zu rechtfertigen sind, bedarf der Begriff des Glücksspiels einer genaueren Betrachtung.

2. *Glücksspiel im Spannungsfeld von Unterhaltung, doppelter Gewinnerwartung und Vermögens- und Gesundheitsgefährdung*

a) Bewältigung von Interessenkonflikten durch Gesetze

Rechtsnormen dienen in vielen Bereichen der Bewältigung und „Klärung“ von Interessenkonflikten. Sie sind umso dringlicher, wenn innerhalb von sozialen und rechtlichen Beziehungen Informations- und Machtverhältnisse asymmetrisch strukturiert sind.¹⁶ In solchen Fällen geht das Bundesverfassungsgericht ab einer bestimmten Schwere des Interessenkonflikts von einer sozialstaatlich oder grundrechtlich begründeten Schutzpflicht aus.¹⁷ Im Falle des Glücksspiels im Allgemeinen und der Nutzung von Glücksspielautomaten im Besonderen besteht demnach ein erhöhtes Regulierungsbedürfnis nur dann und soweit, als von ausreichend gewichtigen Interessenkonflikten auszugehen ist. Obwohl die Klärung dieser Frage nicht im Vordergrund dieser Untersuchung steht, ist ein näheres Eingehen auf sie deshalb von Bedeutung, weil die Einschätzung und „Bewältigung“ der Interessenkonflikte bei den verschiedenen Formen des Glücksspiels zugleich einen strukturierenden Einfluss auf die gesetzlichen Regelungen besitzt.

b) Spezifische Interessenkonflikte im Bereich des Glücksspiels

Das Glücksspiel als soziales Phänomen gründet aus der Perspektive der Spieler seine Attraktivität als Unterhaltungsform in der Kombination von Spannung und Gewinnerwartung unter Bedingungen der Ungewissheit und des „Schicksals“, in dem sich je nach Sichtweise Zufall

16 Allgemein dazu *von Hippel*, Der Schutz des Schwächeren, 1982.

17 BVerfGE 81, 242 ff.; 88, 209 (254) – dort auch zu dem in diesen Fällen maßstäblichen Untermaßverbot. Dazu näher *Krings*, Grund und Grenzen staatlicher Schutzpflichten, 2003, S. 254 ff.

und Fügung verbinden. Hinzu kommen spezifische gruppenpsychologische Motive, auf die hier nicht näher einzugehen ist. Für die Veranstalter sind es dagegen die je nach Art des Glücksspiels nicht unerheblichen Verdienstmöglichkeiten, die ein entsprechendes Engagement attraktiv erscheinen lassen, zugleich aber auch mit der Versuchung verbunden sind, durch entsprechende Ausgestaltung der Spielangebote die „Leidenschaft“ der Spieler zur Umsatzsteigerung gezielt auszunutzen.

Für die rechtliche Bewältigung dieser komplexen Interessenkonstellation ist es erforderlich, zunächst jede Einzelposition (verfassungs-) rechtlich zu verorten und im Anschluss daran die einzelnen Rechtspositionen in Beziehung zueinander zu setzen.

(1) Glücksspiel als Unterhaltung

Als eine Form der Unterhaltung und Freizeitgestaltung kann die Teilnahme am Glücksspiel der allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG zugeordnet werden. Sie unterliegt dabei der so genannten Schrankentrias, ist also durch die Rechte anderer, die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz begrenzt. Das bedeutet im Ergebnis, dass beschränkende Regelungen vor allem dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen müssen und zur Verfolgung von sachlich begründeten Gemeinwohlbelangen durch den Gesetzgeber im Rahmen seiner Zuständigkeit (Gesetzgebungskompetenz) erlassen werden können.

(2) Die Bedeutung der Gewinnerwartung

Neben der Unterhaltung spielt bei der Glücksspielteilnahme die Gewinnerwartung eine bedeutsame Rolle. Das gilt vor allem für die Teilnahme an Lotterien, bei denen jedenfalls die Höchstgewinne z.T. atemberaubende Höhen und Summen erreichen, die die Teilnehmer durch reguläre Erwerbsarbeit kaum erzielen können. Auch die Teilnahme am Glücksspiel aus dem Motiv der Gewinnerwartung ist durch die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG erfasst und

unterliegt ebenfalls den unter (1) aufgezeigten Beschränkungsmöglichkeiten.

In diesem Zusammenhang stellt sich für eine kleine Zahl von Glücksspielteilnehmern zudem die Frage, ob Glücksspiel auch als Beruf angesehen und verfassungsrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt sein kann. In der Praxis dürfte es durchaus einen eng begrenzten Personenkreis geben, der seinen Lebensunterhalt auf diese Weise erwirtschaftet, so dass es sich nicht um eine rein akademische Frage handelt. Gleichwohl werden die verfassungsrechtlichen Anforderungen an gesetzgeberische Reglementierungen des Spielbetriebs dadurch nicht wesentlich verschärft, da aus dem unspezifischen Berufsbild eines Berufsspielers kein Anspruch auf die Teilnahme an bestimmten Spielen und Spielgestaltungen abgeleitet werden kann, der über das hinausgeht, was durch die allgemeine Handlungsfreiheit geschützt ist. Insbesondere lässt sich das Berufsbild nicht auf einzelne Spielformen zuspitzen, so dass es sich bei beschränkenden gesetzlichen Regelungen durchweg nur um auf die Berufsausübung bezogene Maßnahmen handelt, die durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden können.

(3) Glücksspiel als Wirtschaftsfaktor

Das Glücksspiel stellt einen bedeutsamen Wirtschaftsfaktor dar. Dies wird durch eine Übersicht zu den verschiedenen Glücksspielangeboten und den dabei erzielten Umsätzen und Gewinnen deutlich.

Umsätze auf dem Glücksspiel-Markt (in Mio. €)

	2005	2006	2007	2008	2009
Spielbanken (Bruttospielerträge)	951,8	940,3	923,2	722,6	617,6
Geldspielautomaten mit Gewinnmöglichkeit (Kassen)	2.350,0	2.750,0	3.050,0	3.250,0	3.340,0
Deutscher Lotto- und Toto-Block (Einsätze)*	8.064,5	7.900,2	7.463,9	6.791,3	7.002,6

- * Hinzu kommen u.a. Klassenlotterien, Fernsehlotterien und Pferdewetten.
(Quellen: Archiv- und Informationsstelle der deutschen Lotto- und Toto-Unternehmen; Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen e.V.; Ifo – Institut für Wirtschaftsforschung; siehe auch die Anlagen 1 und 2)

*Einnahmen des Staates aus Glücksspielen
(Rennwett- und Lotteriesteuer, Spielbankenabgabe, Gewinnabgabe
verschiedener Lotterien) in Mrd. €*

1995	2000	2005	2007	2009
3,479	4,371	4,254	3,905	3,438**

- ** Davon 0,442 Mio. € Spielbankabgaben. Die Steuern und Abgaben bei gewerblichen Geldspielgeräteaufstellunternehmen beliefen sich 2009 auf ca. 1,2 Mrd. €, davon 0,299 Mrd. € Vergnügungssteuer.
(Quelle: Statistisches Bundesamt)

Aus der verfassungsrechtlichen Perspektive handelt es sich um einen ambivalenten Befund: einerseits ist die gewerbliche Betätigung vor allem der Aufstellunternehmen von Geldspielgeräten als Berufsausübung gem. Art. 12 Abs. 1 GG geschützt, andererseits ist die Freiheit zur Wahl des Berufes des Glücksspielveranstalters durch die weit reichende staatliche Monopolisierung des Glücksspiels im Übrigen massiv beeinträchtigt.¹⁸

(4) Vom Glücksspiel zur Suchtkrankheit

Dass Spiel von der bloßen Unterhaltung zur Leidenschaft werden und zur Krankheit und Sucht mutieren kann, ist heute allgemein bekannt und spätestens durch die anspruchsvolle literarische Verarbeitung bei *Dostojewski* in ihrer tragischen Dimension veranschaulicht worden.

Für den staatlichen Gesetzgeber stellt sich die Frage, ob und wie er auf diesen Befund reagieren darf oder gar muss. Soweit es um krankhafte Erscheinungsformen von Spielsucht geht, ist anerkannt, dass der Gesetzgeber auf diese im Rahmen seiner Zuständigkeit für das Gesundheitswesen reagieren und entsprechende Schutzmaßnahmen ergreifen kann.¹⁹ Eine verfassungsrechtlich begründete Handlungspflicht als Ausdruck einer grundrechtlichen Schutzpflicht dürfte indes nicht vorliegen, zumindest aber schwer zu konkretisieren sein.

Zu den derzeitigen Erkenntnissen im Bereich der Spielsucht hat das Bundesverfassungsgericht zusammenfassend ausgeführt²⁰:

„Nach dem gegenwärtigen Stand der Forschung steht fest, dass Glücksspiele und Wetten zu krankhaftem Suchtverhalten führen können (vgl. allgemein Meyer, Glücksspiel – Zahlen und Fakten, Jahrbuch Sucht 2005, S. 83 [91 ff.]; Hayer/Meyer, Das Suchtpotenzial von Sportwetten, in: Sucht 2003, S. 212). Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) hat die pathologische Spielsucht

18 Siehe dazu auch BVerfGE 115, 276 (303).

19 Dazu näher *von Hippel*, ZRP 2001, 558 ff.

20 BVerfGE 115, 276 (304 f. = Absatz-Nr. 99 ff.).

in die internationale Klassifikation psychischer Störungen (ICD-10) aufgenommen. Ohne dass abschließend zu klären ist, inwieweit angesichts dieses Befundes nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG eine Pflicht des Staates zum Schutz der Gesundheit der Bürger besteht, ist die Vermeidung und Abwehr von Suchtgefahren jedenfalls ein überragend wichtiges Gemeinwohlziel, da Spielsucht zu schwerwiegenden Folgen nicht nur für die Betroffenen selbst, sondern auch für ihre Familien und für die Gemeinschaft führen kann (vgl. EuGH, Urteil vom 6. November 2003 – C-243/01 – Gambelli u.a., Slg. 2003, I-13076, Rn. 67 m.w.N.).

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

Das Suchtpotenzial von Sportwetten mit festen Gewinnquoten kann derzeit noch nicht abschließend beurteilt werden. Erste Untersuchungen und internationale Erfahrungen sprechen dafür, dass die Gefährlichkeit zwar geringer als bei den so genannten ‚harten‘ Casino-Glücksspielen, aber durchaus vorhanden ist (vgl. Hayer/Meyer, Das Suchtpotenzial von Sportwetten, in: Sucht 2003, S. 212 [218]). Wie sich das Suchtpotenzial im Hinblick auf Sportwetten entwickeln würde, wenn diese in erheblich ausgeweitetem Maße praktiziert würden, ist gegenwärtig nicht absehbar.

Auch wenn Sportwetten für die große Mehrheit der Spieler reinen Erholungs- und Unterhaltungscharakter haben dürften (vgl. Hayer/Meyer, Das Suchtpotenzial von Sportwetten, in: Sucht 2003, S. 212 [218]; Schmidt/Kähnert, Konsum von Glücksspie-

len bei Kindern und Jugendlichen – Verbreitung und Prävention, Abschlussbericht vom August 2003, S. 166), darf der Gesetzgeber auch bei Sportwetten mit festen Gewinnquoten schon aufgrund des gegenwärtigen Erkenntnisstandes mit einem nicht unerheblichen Suchtpotenzial rechnen und dies mit dem Ziel der Abwehr einer höchstwahrscheinlichen Gefahr zum Anlass für Prävention nehmen. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf den Jugendschutz.“

Auch wenn einzelne der vom Gericht übernommenen Feststellungen kritisch zu hinterfragen sind,²¹ so wird gleichwohl deutlich, dass es ein erhebliches Suchtpotenzial gibt, auf das der Gesetzgeber „reagieren“ durfte. Nicht deutlich wird bei den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, welche quantitativen Dimensionen die Spielsucht besitzt. Dies ist aber für eine angemessene Gesamtbeurteilung und die Einschätzung des gesellschaftspolitischen Handlungsbedarfes ebenfalls von Bedeutung.

Einen fundierten aktuellen Eindruck zu diesem Aspekt der Spielsuchtproblematik vermitteln die Ergebnisse einer Untersuchung der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung aus dem Jahr 2008,²² deren wesentliche Ergebnisse wie folgt zusammengefasst werden:

„Im Jahr 2007 wurde eine Zufallsstichprobe von 10.001 Personen im Alter von 16 bis 65 Jahren, die in Deutschland wohnen, ausgewählt und telefonisch zu ihrem Glücksspielverhalten befragt.

21 Das gilt insbesondere für die pauschale Feststellung zum Suchtpotenzial, die zwischen den verschiedenen Glücksspielarten nicht genauer differenziert.

22 Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA), Glücksspielverhalten und problematisches Glücksspielen in Deutschland 2007. Ergebnisse einer Repräsentativbefragung. Ergebnisbericht Juli 2008 (abrufbar unter: <http://www.bzga.de> unter Studien/Untersuchungen). Zu vergleichbaren Ergebnissen kommt die ebenfalls von der BZgA vorgelegte Folgeuntersuchung „Glücksspielverhalten in Deutschland 2007 und 2009“, deren Ergebnisse im Januar 2010 vorgelegt wurden (siehe Anlage 3).

Etwas mehr als die Hälfte der Bevölkerung (55,0 %) hat in den letzten zwölf Monaten vor der Befragung mindestens einmal ein Glücksspiel gespielt. Die Teilnahme an den verschiedenen Glücksspielen unterscheidet sich deutlich. Am beliebtesten ist Lotto „6 aus 49“ (35,5 %), gefolgt von Sofortlotterien (11,7 %), Quizsendungen im Fernsehen (11,7 %), privat organisiertem Glücksspiel (8,6 %) und Fernsehlotterien (8,4 %). Andere Glücksspiele wie zum Beispiel Oddset, Geldspielautomaten, oder Poker werden mit Blick auf die Gesamtbevölkerung zwar vergleichsweise seltener gespielt, sind aber in der Untergruppe der jüngeren Männer weit verbreitet. Auch etwa jeder vierte Jugendliche im Alter von 16 und 17 Jahren hat in den letzten zwölf Monaten an Glücksspielen teilgenommen. In dieser Altersgruppe sind privat organisierte Glücksspiele von besonderer Bedeutung.

Bei insgesamt 0,4 % aller Befragten ist das Glücksspiel als problematisch und bei 0,2 % als wahrscheinlich pathologisch einzustufen. Diese Personen nutzen im Vergleich zur Gruppe der unbelasteten Personen mit höherer Wahrscheinlichkeit Geld- und Glücksspielautomaten, Sportwetten oder Poker.“

Umgerechnet auf die deutsche Gesamtbevölkerung ist damit von etwa 100.000 Spielern mit pathologischem Spielverhalten auszugehen. Weitere ca. 225.000 Personen weisen ein Glücksspielverhalten auf, das als problematisch betrachtet werden muss und möglicherweise zu einem krankhaften Spielverhalten führen kann.

Diese Zahlen gewinnen an Aussagekraft, wenn man sie in Relation zu den Zielen setzt, die der deutsche Drogen- und Suchtrat im Jahr 2006 zur Reduzierung des Konsums von Alkohol, Tabak und Cannabis bei Jugendlichen formuliert hat.²³ Danach soll die Quote der jugendlichen Konsumenten im Alter von 12 bis 17 Jahren, die regelmäßig Alkohol

23 Dazu und zur aktuellen Lage: Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, Die Drogenaffinität Jugendlicher in der Bundesrepublik Deutschland 2008. Alkohol-, Tabak- und Cannabiskonsum. Oktober 2008; (abrufbar unter: <http://www.bzga.de> unter Studien/Untersuchungen).

konsumieren, auf unter 18 %, die Quote der jugendlichen Raucherinnen und Raucher unter 17 % und die Quote der regelmäßigen Cannabiskonsumenten unter 3 % gesenkt werden. Selbst die letzte Zahl liegt noch nahezu um den Faktor 10 höher als die Zahl der problematisch eingestuften Spieler. In Deutschland liegt der Prozentsatz der Spieler mit pathologischem Spielverhalten gemessen an der erwachsenen Bevölkerung zwischen 0,19 % und 0,56 %, während im gesamteuropäischen Bereich von einem Spektrum zwischen 0,19 % und 2 % ausgegangen wird.²⁴

Das krankhafte Spielverhalten ist demnach in Deutschland aktuell noch deutlich weniger weit verbreitet als andere Suchtkrankheiten und liegt dort auch im internationalen Vergleich am unteren Ende. Damit ist keine Relativierung des Befundes verbunden, wohl aber die Dimension der gesellschaftlichen Bedeutung der Spielsucht und der darauf bezogenen gesetzgeberischen Maßnahmen.

(5) Glücksspiel und Kriminalität

Die spezifische Affinität zwischen Glücksspiel und Kriminalität prägt nicht nur ein breites Spektrum literarischer und filmischer Verarbeitung, sondern hat sich auch in den Straftatbeständen der §§ 284 ff. StGB niedergeschlagen. Dabei stehen insbesondere die Vermeidung der Ausnutzung der Spieleidenschaft sowie die Bekämpfung betrügerischer Vorgehensweisen bei Glücksspielen im Zentrum der gesetzgeberischen Regelungen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 28. März 2006 den aktuellen Erkenntnisstand zur Relevanz der Kriminalität in diesem Bereich folgendermaßen zusammengefasst:²⁵

„Weitere legitime Ziele [der auf dem Staatsvertrag beruhenden gesetzlichen Regelungen, Anm. d. Verf.] sind der Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften seitens der Wettanbieter

24 Meyer, in: Jahrbuch Sucht 2010, S. 120 (133).

25 BVerfGE 115, 276 (306 = Absatz-Nr. 103 ff.).

und ein darüber hinaus gehender Verbraucherschutz, insbesondere vor der hier besonders nahe liegenden Gefahr irreführender Werbung. Allerdings bestehen typische Betrugsgefahren durch manipulierte Spielgeräte und Spielmittel oder durch Einflussnahme auf den Spielverlauf bei Sportwetten mit fester Gewinnquote in geringerem Maße als bei anderen Glücksspielen, da auf ein von dritter Seite veranstaltetes Sportereignis gewettet wird, das der Wettunternehmer selbst nicht beeinflussen kann. Auch die Übervorteilung der Spieler durch Täuschung über die Gewinnchancen ist bei Sportwetten mit festen Gewinnquoten geringer, da Risiko und Gewinnchance aufgrund der fest vereinbarten Gewinnquoten transparenter sind als bei anderen Glücksspielen.

Stärker als bei Spielformen, bei denen der Veranstalter nur das von den Spielern eingesammelte Geld nach Einbehalt eines gewissen Anteils auskehrt, kann der Spieler hingegen durch die Zahlungsunfähigkeit des Veranstalters gefährdet werden. Wie bei anderen gewerblichen Betätigungen, bei denen dem Unternehmer fremde Gelder anvertraut sind, ist bei Sportwetten mit festen Gewinnquoten daher die finanzielle Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit des Veranstalters im Interesse der Wettteilnehmer zu sichern.

Legitimes Ziel eines staatlichen Wettmonopols ist außerdem die Abwehr von Gefahren aus mit dem Wetten verbundener Folge- und Begleitkriminalität. Soweit insbesondere Sportwetten Suchtpotenzial haben, geht von ihnen auch die typische Gefahr aus, dass Süchtige ihre Sucht durch kriminelle Handlungen finanzieren (vgl. Meyer/Althoff/Stadler, Glücksspiel und Delinquenz, 1998, S. 124 ff.). Wegen der mit Sportwetten erzielbaren hohen Gewinne ist auch der Einstieg des organisierten Verbrechens nahe liegend.

Eine für Festquoten-Sportwetten spezifische Gefahr der Begleitkriminalität besteht schließlich im Sportwettbetrug. Die Verbindung von Sport mit Wetten auf den Ausgang von Sportereignissen kann bei Wettteilnehmern zu der Versuchung führen, den Spielverlauf nicht dem Glück zu überlassen, sondern das Ergebnis in

einem für sie günstigen Sinne zu manipulieren. Damit geht von Sportwetten auch eine Gefahr für die Integrität des Sportgeschehens aus.“

Damit wird deutlich, dass für den Gesetzgeber aus den verschiedenen aufgezeigten Gründen eine Pflicht zur Regulierung des Glücksspiels besteht.

(6) Das begrenzte staatliche Glücksspielmonopol der Länder

In Reaktion auf die mit der Veranstaltung von Glücksspiel verbundenen Suchtgefährdungen und kriminellen Machenschaften, aber auch aus finanziellem Interesse heraus, haben die Länder zentrale Bereiche des Glücksspiels auf der Grundlage des Glücksspielstaatsvertrags der gewerblichen Betätigung entzogen und verstaatlicht. Diese Vorgehensweise war von Beginn an durch ein im Laufe der Zeit immer komplizierter zu vermittelndes Spannungsverhältnis zwischen den Zielen der Sucht- und Kriminalitätsbekämpfung und dem Interesse an den finanziellen Erträgen, die zur Sport- und Kulturförderung verwendet werden, bestimmt. Das Interesse an hohen finanziellen Erträgen hatte dabei im Laufe der Zeit die Suchtbekämpfung nicht nur in den Hintergrund treten lassen, sondern sogar dazu geführt, dass aktiv für die Teilnahme an den verschiedenen Glücksspielangeboten geworben wurde.

In dieser Situation war es 2006 Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, die Anforderungen an die Begründung eines Staatsmonopols erneut zu verdeutlichen und das Verhältnis zwischen den verschiedenen Regelungszwecken und -folgen gerade zu rücken. In diesem Zusammenhang führt das Gericht zur Einordnung der fiskalischen Interessen aus:

„Demgegenüber scheiden fiskalische Interessen des Staates als solche zur Rechtfertigung der Errichtung eines Wettmonopols aus. Ein Ziel des staatlichen Wettmonopols ist es auch sicherzustellen, dass ein erheblicher Teil der Einnahmen aus Glücksspielen zur Förderung öffentlicher oder steuerbegünstigter Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verwendet wird, wie dies nunmehr in § 1

Nr. 5 des Lotteriestaatsvertrags Ausdruck findet. Auch die Stellungnahme des Bundesrates zum novellierten Glücksspielstrafrecht stellt unter anderem auf ein Heranziehen eines nicht unerheblichen Teils der Einnahmen aus Glücksspielen für gemeinnützige oder öffentliche Zwecke ab (vgl. BT-Drucks 13/8587, S. 67).

Eine Abschöpfung von Mitteln ist jedoch nur als Weg zur Suchtbekämpfung und als Konsequenz aus einem öffentlichen Monopolsystem gerechtfertigt, nicht dagegen als selbständiges Ziel. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht es im Spielbankenbeschluss als ein legitimes Ziel angesehen, einen erheblichen Teil der Einnahmen von Spielbanken Gemeinwohlzwecken zuzuführen (vgl. BVerfGE 102, 197 [216]). Dies wurde aber mit den besonderen Gewinnmöglichkeiten begründet, die sich aus dem privaten Betreiben einer Spielbank ergeben. Insofern kann es sowohl zur Verteuerung und damit Reduzierung des Angebots wie zum Ausgleich besonders hoher Gewinnmöglichkeiten gerechtfertigt sein, Gewinne aus Glücksspieleinnahmen über die sonst üblichen Steuersätze hinaus abzuschöpfen. Auch im Spielbankenbeschluss hat der Senat jedoch betont, dass das Ziel, aus fiskalischen Gründen die Einnahmen des Staates zu erhöhen, allein eine Beschränkung der Berufswahlfreiheit nicht rechtfertigen kann (vgl. BVerfGE 102, 197 [216]).²⁶

Aus diesen Ausführungen wird deutlich, dass jede gesetzliche Beschränkung der grundrechtlichen Freiheit zum Angebot von Glücksspiel am Zweck der Suchtbekämpfung gemessen werden muss und dass die gemeinnützige Verwendung der Erträge als solche keinen ausreichenden Rechtfertigungsgrund für eine solche Beschränkung darstellen kann. Das Gleiche gilt für Folgebetrachtungen, bei denen auf die Schwierigkeiten der Sport- und Kulturfinanzierung verwiesen wird, wenn die entsprechenden Einnahmen aus dem staatlichen Glücksspielmonopol entfallen oder geringer werden.

26 BVerfGE 115, 276 (307 = Absatz-Nr. 107 ff.).

Wichtig ist auch die Erkenntnis, dass die hohen Anforderungen, die an das Ziel der Suchtbekämpfung im Zusammenhang mit der Rechtfertigung des staatlichen Glücksspielmonopols zu stellen sind, nicht in gleicher und unveränderter Form auf das gewerbliche Geldgewinnspiel übertragen werden können und dürfen. Während die Suchtbekämpfung dort, wo sie eine Berufswahlbeschränkung legitimieren soll, höchsten Anforderungen an ihre Konsistenz und den Nachweis ihrer Dringlichkeit unterliegt, verfügt der Gesetzgeber bei den gesetzlichen Vorgaben für das gewerbliche Geldgewinnspiel über ein weites Gestaltungs- und Beurteilungsermessen, welche Maßnahmen er für die Suchtbekämpfung in diesem Bereich für angemessen hält. Es besteht deshalb aus verfassungsrechtlicher Sicht auch kein Kohärenzerfordernis zwischen Monopolbereich und gewerblichem Bereich, da es nicht um die gleiche Rechtfertigungsproblematik geht.

(7) Erste verfassungsrechtliche Folgerungen

Der Umgang des Gesetzgebers mit dem Glücksspiel ist durch die Zuordnung der grundrechtlichen Gewährleistungen eines freien Zugangs zum Glücksspiel (über Art. 2 Abs. 1 GG) und seiner Veranstaltung als berufliche bzw. unternehmerische Betätigung (über Art. 12 Abs. 1 GG) einerseits und des Schutzes vor den Folgen von Spielsucht und Kriminalität andererseits gekennzeichnet. Es liegt damit eine typische Situation konfligierender Rechtswerte mit Verfassungsrang vor, die der Gesetzgeber zu einem verhältnismäßigen Ausgleich bringen muss. Dazu stehen ihm verschiedene Modelle und Instrumente zur Verfügung.

Für den Bereich des gewerblichen Geldgewinnspiels hat er dabei einen anderen Weg gewählt als in den Bereichen der Sportwetten und der Spielbanken. Schon aus diesem Grunde lassen sich die Anforderungen der Monopolrechtfertigung nicht auf das gewerbliche Geldgewinnspiel übertragen. Vielmehr bedarf es in jedem Bereich einer gesonderten Zuordnung der Regelungszwecke zu den einzelnen beschränkenden Maßnahmen. Zudem wird der Grundrechtsschutz des Spielens selbst und des Angebots von Spielen auch im Rahmen einer Regulierung nicht aufgehoben.

3. *Kompetenzrechtliche Segmentierung des Glücksspielrechts*

Der Befund, dass in der deutschen Rechtsordnung wesentliche Teile – wirtschaftlich handelt es sich – bezogen auf die Bruttospielerträge (= Kassen) – um ca. 40 % des Marktvolumens²⁷ – des Glücksspiels staatlich monopolisiert sind, ist zwar nicht kompetenzrechtlich begründet, spiegelt sich aber gleichwohl in einer kompetenzrechtlichen Problematik wider, die durch die Herauslösung des Rechts der Spielhallen aus dem Recht der Wirtschaft neue Relevanz erlangt hat. Vor der detaillierten Untersuchung der damit verbundenen Rechtsfragen erscheint es angezeigt, zunächst den Kontext der Thematik aufzuzeigen. Dies gelingt am besten, wenn man die einzelnen Regelungsziele den entsprechenden Kompetenztiteln zuordnet.

Sieht man in den gesetzlichen Vorgaben für das Glücksspiel primär eine Ordnung der damit verbundenen gewerblichen Betätigung, so handelt es sich um Maßnahmen, die dem Recht der Wirtschaft zuzuordnen sind, für das dem Bund gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG die konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis zusteht. Ausgenommen ist seit der Föderalismusreform I jedoch (unter anderem) das Recht der Spielhallen (dazu später).

Auf das Recht der Wirtschaft können nach der „solange-und-soweit-Formel“ des Art. 72 Abs. 1 GG sowohl Gesetzgebungsakte der Länder als auch des Bundes gestützt werden. Zudem können auf dieser Kompetenzgrundlage auch sachlich mit der gewerblichen Betätigung zusammenhängende Ziele, wie etwa der Verbraucherschutz, geregelt werden.

Sieht man in der gesetzlichen Regelung zum Glücksspiel, insbesondere in der staatlichen Monopolisierung, Maßnahmen der Gefahrenabwehr,

27 Im Jahr 2009 erzielten staatlich monopolisierte Anbieter auf dem Glücks- und Gewinnspielmarkt einen Umsatz (= Einsatz) von 8.748,8 Mio. €, die Spielbanken einen Bruttospielertrag von 617,6 Mio. € und die Geldgewinnspielgeräte einen Kassenertrag von 3.340,0 Mio. €. Rückgerechnet auf die Kassen beträgt der Anteil der Geldgewinnspielgeräte ca. 40 %. Vgl. Tabelle S. 22.

so erscheint eine Zuordnung zu den insoweit einschlägigen Gesetzgebungsbefugnissen naheliegend. Die konkrete normtextliche Zuordnung ist dabei insoweit schwieriger, als das Recht der Gefahrenabwehr im Grundgesetz nur begrenzt explizit (soweit es dem Bund zugeordnet ist) geregelt und in weiten Bereichen als Annexkompetenz zur jeweiligen Sachaufgabe verortet wird. Soweit von einer „allgemeinen“ Zuständigkeit der Länder für das Recht der Gefahrenabwehr ausgegangen wird, ist dies zumindest ungenau. Jedenfalls kann bei einer ersten und vorläufigen Zuordnung nicht davon ausgegangen werden, dass unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr (Sucht- und Kriminalitätsbekämpfung) eine umfassende Gesetzgebungsbefugnis der Länder begründet werden kann.

Als Ergebnis einer ersten (vorläufigen) Zuordnung ist damit zu verzeichnen, dass die Gesetzgebungsbefugnisse für das Glücksspiel je nach Zielsetzung und Schwerpunkt der Regelung sowohl dem Recht der Wirtschaft als auch dem Recht der Gefahrenabwehr zugeordnet werden können und dass in beiden Bereichen auch dem Bundesgesetzgeber Gesetzgebungskompetenzen zustehen. Eine Ausnahme bildet nach der Föderalismusreform I das Recht der Spielhallen, das in die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit der Länder fällt.

Vergleicht man die (abstrakte) grundgesetzliche Kompetenzlage mit der (konkreten) aktuellen Gesetzeslage, so gelangt man zu der Erkenntnis, dass der Bundesgesetzgeber von seiner weit reichenden Gesetzgebungsbefugnis, die allerdings auch nach der Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG unter einem Erforderlichkeitsvorbehalt steht,²⁸ nur sehr begrenzt Gebrauch gemacht und vor allem den Bereich der Spielbanken und Lotterien vollständig der Landesgesetzgebung „überlassen“ hat.

28 Zu seinen Anforderungen siehe BVerfGE 106, 62 (142); *Uhle*, in: Kluth (Hrsg.), Föderalismusreformgesetz, 2007, Art. 72, Rn. 37 ff.

4. *Auswirkungen auf das Glücksspielrecht und den Glücksspielmarkt*

Die – auch historisch bedingte – Segmentierung des Glücksspielrechts mit dem im Wesentlichen auf die Geldgewinnspielgeräte konzentrierten „frei zugänglichen“ gewerblichen Bereich auf der einen Seite und dem staatlich monopolisierten Glücksspiel in Spielbanken und Lotterien auf der anderen Seite hat spätestens im Gefolge des In-Kraft-Tretens des Glücksspielstaatsvertrags am 1. Januar 2008 zu einer deutlicheren Segmentierung geführt, die sich auch in einem verstärkten wirtschaftlichen Wettbewerb niederschlägt.

Bezogen auf das Jahr 2009 kommt dies unter anderem darin zum Ausdruck, dass bei den Spielbanken ein weiterer Umsatzrückgang von 772,6 auf 617,6 Mio. € zu verzeichnen war, während bei den Lotterien eine leichte Steigerung des Umsatzes (= Einsätze) von 8.677,6 auf 8.682,8 Mio. € und bei den Geldspielgeräten mit Gewinnmöglichkeit der Kassen von 3.250,0 auf 3.340,0 Mio. € festzustellen war.

Die unterschiedliche Entwicklung der einzelnen Segmente des Glücks- und Gewinnspielmarktes bewegt sich zwar innerhalb von überschaubaren Größenordnungen. Abgesehen von Einzelfällen befinden sich die Spielbanken der Länder und die Lotterien nicht in wirtschaftlichen Notlagen. Dennoch kommt dem Wettbewerb um Glücksspieler – paradoxerweise – im Zuge der verstärkten Suchtbekämpfung eine gesteigerte Bedeutung zu. Dieser ökonomische Kontext ist sicher auch eine Erklärung dafür, dass unter Hinweis auf ein (angebliches) Kohärenzgebot eine Anhebung bzw. Angleichung des Kontroll- und Präventionsstandards für das gewerbliche Spiel auf das vermeintlich höhere Niveau der Spielbanken gefordert wird.²⁹

29 Siehe dazu Bundesverband privater Spielbanken (BupriS), Pressemeldung „Beirat unterstützt private Spielbanken“ vom 30.10.2009.

5. Zwischenergebnis

Die Analyse des faktischen und rechtlichen Status quo des Glücks- und Gewinnspielmarktes und des Glücksspielrechts führt damit zu folgenden wesentlichen Erkenntnissen, die den weiteren Überlegungen zugrunde zu legen sind:

- Es besteht ein weites kompetenzrechtliches Zugriffsrecht des Bundesgesetzgebers, von dem er bisher aber nur partiell Gebrauch gemacht hat.
- Die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis der Länder für das Recht der Spielhallen ist ein systematisches Novum im Glücksspielrecht. Es handelt sich um die Herauslösung eines schwer abgrenzbaren Segments.
- Gewerbliches Geldgewinnspiel und Staatsmonopol der Länder stehen sich mit unterschiedlichen Regelungs- und Schutzkonzeptionen gegenüber.
- Die Verschärfung des Glücksspielrechts der Länder scheint sich auch in den Marktanteilen niederzuschlagen.
- Die Forderung nach Kohärenz ist auch aus diesem Blickwinkel zu verstehen.

Zu klären ist damit die Frage, ob die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis der Länder für das Recht der Spielhallen für eine solche die Kohärenz „verschärfende“ Regelung eine ausreichende Grundlage darstellt.

II. Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen

1. *Die Gesetzgebungskompetenz für das Glücksspiel im Allgemeinen und die Spielhallen im Besonderen bis zur Föderalismusreform 2006*

Die gesetzlichen Regelungen des Glücksspiels sind in Deutschland traditionell³⁰ zwischen Bund und Ländern verteilt. Während die Länder auf der Grundlage von Staatsverträgen³¹ das Glücksspiel³² geregelt und dabei monopolisiert³³ haben, findet sich in § 33c bis § 33i GewO und der darauf basierenden SpielV eine Regelung zu „Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit“, die auf dem Grundsatz des freien Marktzugangs und Wettbewerbs beruhen. Hinzu kommt die strafrechtliche Regelung in §§ 284 ff. StGB.³⁴

Die Rechtsprechung und Literatur bis zur Föderalismusreform 2006 hat die Kompetenzgrundlagen für diese Gesetzgebungsakte so interpretiert, dass die durch den Bundesgesetzgeber erlassenen Vorschriften im StGB und der Gewerbeordnung auf der konkurrierenden Gesetzge-

30 Dabei teilweise anknüpfend an die Rechtslage im Deutschen Reich, dazu *Papier*, in: FS Stern, 1997, S. 543 (543).

31 Aktuell: Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (GlüStV) vom 30.01.2007, (abrufbar u. a. unter: http://www.mi.niedersachsen.de/master/C39062418_N39060046_L20_D0_I522.html), in Kraft getreten am 01.01.2008.

32 Nach § 3 Abs. 1 GlüStV liegt ein Glücksspiel vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt. Die Entscheidung über den Gewinn hängt in jedem Fall vom Zufall ab, wenn dafür der ungewisse Eintritt oder Ausgang zukünftiger Ereignisse maßgeblich ist. Auch Wetten gegen Entgelt auf den Eintritt oder Ausgang eines zukünftigen Ereignisses sind Glücksspiele.

33 Zu diesem, für *diese* Untersuchung *nicht* relevanten Gesichtspunkt näher *Papier*, (Fn. 29), S. 543 ff.

34 Zu diesem eingehend *Heine*, in: Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 28. Aufl. 2010.

bungsbefugnis für das Strafrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) und das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) beruhen.³⁵ Die – staatsvertraglichen und gesetzlichen – Regelungen der Länder sollen ihre Grundlage einerseits ebenfalls aus dem Recht der Wirtschaft, soweit der Bund von seiner Kompetenz nicht Gebrauch gemacht hat, darüber hinaus aber auch in der direkt aus Art. 70 Abs. 1 GG folgenden und deshalb ungeschriebenen Gesetzgebungskompetenz der Länder für die Gefahrenabwehr (Ordnungsrecht)³⁶ herleiten.³⁷

2. *Die Überführung der Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen in die ausschließliche Landesgesetzgebungskompetenz durch die Föderalismusreform 2006*

a) Begründung einer ausschließlichen Landesgesetzgebungskompetenz

Im Rahmen der Föderalismusreform 2006 wurde das Recht der Spielhallen aus der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ausgeklammert und damit eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder für diese Materie begründet.

b) Entstehungsgeschichte

Die Entstehungsgeschichte dieser Kompetenzverlagerung ist inzwischen detailliert aufgearbeitet worden,³⁸ ohne dass jedoch Einvernehmen in der Bewertung und den Schlussfolgerungen erzielt werden konnte. Bevor auf die bestehenden Divergenzen im Detail eingegangen

35 Stettner, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 2. Aufl. 2006, Art. 74, Rn. 57.

36 Zum Aspekt der Bundesgesetzgebungskompetenz bei ordnungsrechtlichen Nebenzwecken siehe auch BVerfGE 44, 344 (351 ff.).

37 So insbes. Dietlein, ZfWG 2008, 77 ff.: „primär gefahrenpräventive Regulierung“.

38 Schneider, (Fn. 8), S. 11 ff. Siehe auch Höfling/Rixen, GewArch. 2008, 1 (4 ff.); Kluth, (Fn. 7), Art. 74, Rn. 2 f.

wird, bedarf es zunächst einer Vergewisserung über die Entstehungsgeschichte der Norm, da dieser bei der Auslegung von Kompetenzvorschriften eine gesteigerte Bedeutung zukommt.³⁹

Zum Verständnis der Neuregelung ist zunächst der Motivkontext in den Blick zu nehmen, der durch die allgemeinen Zielsetzungen der Föderalismusreform 2006 einerseits und die Suche nach „Ausgleichsmaterien“ zugunsten der Länder im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung andererseits geprägt war.

Eines der übergeordneten Ziele der Föderalismusreform 2006 war die Entflechtung der Kompetenzräume von Bund und Ländern durch Stärkung eigenständiger Rechtsetzungskompetenzen von Bund und Ländern.⁴⁰ Dabei wurde von dem doppelten „Krisenbefund“ ausgegangen, dass einerseits die Länder und insbesondere die Landesparlamente über zu geringe Gestaltungsmöglichkeiten verfügen, andererseits aber auch der Bundesgesetzgeber im Bereich der konkurrierenden und Rahmengesetzgebung zu stark von der Mitwirkung, insbesondere der Zustimmung des Bundesrates und damit – politisch gesehen – der Länder, abhängig ist.⁴¹ Neben der Beschränkung eigenständiger Gestaltungsmöglichkeiten auf beiden Ebenen sah man damit auch die Gefahr einer mangelnden Transparenz der politischen Verantwortlichkeiten verbunden, da insbesondere die im Vermittlungsausschuss ausgehandelten Kompromisse wegen der mangelnden Öffentlichkeit des Verfahrens⁴² nicht oder nur unzureichend bestimmten Akteuren zugeordnet werden können.

Als Ausweg aus diesem Dilemma wurde in erster Linie die Stärkung des Bundes bei der Wahrnehmung seiner Gesetzgebungsbefugnisse angestrebt, die aber aus Gründen des Gleichgewichts mit einer Erweiterung

39 BVerfGE 106, 62 (105); 109, 190 (215 ff.); *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 70, Rn. 53; *Heintzen*, BK, Art. 70 (2003), Rn. 128 ff.

40 *Meyer*, Die Föderalismusreform 2006, 2008, S. 58 ff.

41 *Meyer*, (Fn. 39), S. 60 ff.

42 Dazu kritisch *Kluth*, Der Vermittlungsausschuss, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl. 2005, § 60, Rn. 45 ff.

der Gestaltungsmacht der Länder einher gehen musste, da für die Verfassungsänderung auch die Zustimmung des Bundesrates erforderlich war.

Überlagert wurde diese Diskussion durch den weiteren Leitgedanken der Föderalismusreform: die Stärkung des Wettbewerbsföderalismus.⁴³ Dieser Leitgedanke sollte die Länder nicht nur dazu motivieren, von den ihnen zugewiesenen Gesetzgebungskompetenzen eigenständiger Gebrauch zu machen und sich von der Praxis des kooperativen Föderalismus mit seiner Praxis von in Arbeitsgruppen ausgearbeiteten Mustergesetzen zu verabschieden.⁴⁴ Vielmehr sollte ihnen in ausgewählten Bereichen auch die Möglichkeit eingeräumt werden, von der Gesetzgebung des Bundes abzuweichen und in der vertikalen Ebene in einen Wettbewerb um das bessere Gesetz zu treten (sog. Abweichungsgesetzgebung).⁴⁵

Betrachtet man die Neuzuweisungen der Gesetzgebungskompetenzen im Rahmen der Vorbereitung der Föderalismusreform aus diesen Blickwinkeln, so fällt auf, dass vor allem im Rahmen der Neuordnung der bisherigen Rahmengesetzgebungskompetenz der Bund gestärkt wurde. Dies wurde durch die Einführung der Abweichungsbefugnisse in Art. 72 Abs. 3 GG teilweise ausgeglichen.⁴⁶ Gleichwohl sah man aber einen weiteren Kompensationsbedarf.

Auf der Suche nach „passenden“ Materien, die den Ländern zugewiesen werden können, wurde in Projektgruppe 5 der Föderalismuskommission⁴⁷ – anknüpfend an Überlegungen aus der Beratungsphase⁴⁸ – nach Gesetzgebungsmaterien gesucht, in denen in besonderer Weise

43 Kluth, (Fn. 7), Einführung, Rn. 51.

44 Derartige Mustergesetze liegen z. B. für die Bereiche des Bau- und Polizeirechts vor und haben zu einer erheblichen Angleichung der Landesgesetze geführt.

45 Dazu Uhle, in: Kluth (Fn. 7), Art. 72, Rn. 47 ff.

46 Dazu näher Meyer, (Fn. 39), S. 164 ff.

47 Zu ihr Krings, in: Kluth (Fn. 7), Die Beratungen der Föderalismuskommission, Rn. 25.

48 Zu dieser Schneider, (Fn. 8), S. 12 f.

ein Regionalbezug zum Ausdruck kommt.⁴⁹ Es sollte sich um Materien handeln, in denen die Einheitlichkeit der Wirtschafts- und Lebensverhältnisse keine prägende Bedeutung besitzt, so dass der nationale und internationale Wirtschaftsverkehr nicht beeinträchtigt würde.⁵⁰ Im Rahmen dieser zunächst groben Zielvorgabe wurde von Beginn an auch der Kompetenztitel „Recht der Wirtschaft“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in den Blick genommen. Dabei gingen die Vorstellungen der Länder, wie viel von dieser Materie in ihre ausschließliche Zuständigkeit überführt werden sollte, zunächst sehr weit, da unter anderem das Recht der Gaststätten, des Ladenschlusses, des Schornsteinfegerwesens, der Industrie- und Handelskammern, des Handwerks und des Gewerbes erfasst werden sollten.⁵¹ Dieser Vorschlag konnte aber nicht die Zustimmung des Bundes finden, der in weiten Bereichen der Materien weiterhin ein Bedürfnis für bundesweit einheitliche Regelung sah. Deshalb wurde in den weiteren Beratungen nach Materien innerhalb dieses Bereichs gesucht, die durch einen lokalen oder regionalen Bezug besonders geprägt sind. Zu diesem Zweck wurde das (damalige) Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit (BMWA) beauftragt, eine Analyse der Vorschriften der Gewerbeordnung und der Handwerksordnung aus diesem Blickwinkel durchzuführen. Das Ergebnis listete insgesamt (nur) zwölf Einzelvorschriften aus der Gewerbeordnung auf, für die nach Ansicht des BMWA eine Verlagerung in Betracht kommt, weil ein deutlicher regionaler Bezug vorhanden ist.⁵² Zu diesen Vorschriften gehörte auch § 33i GewO – Recht der Spielhallen.

c) Schlussfolgerungen

Damit ist bewiesen, dass sich der verfassungsändernde Gesetzgeber bei der Formulierung der neuen Kompetenz an den zum Zeitpunkt der Reform *bestehenden Regelungen* der Gewerbeordnung, insbesondere an

49 Besondere Bedeutung kam dabei den Positionspapieren der Ministerpräsidenten bzw. Chefs der Staatskanzleien der Länder zu.

50 Siehe auch *Schneider*, (Fn. 8), S. 14.

51 Projektgruppe 5 (Regionale Themen), PAU-5/0002, Anlage 1, S. 3 f. Siehe auch *Schneider*, (Fn. 8), S. 14 f.

52 Projektgruppe 5 (Regionale Themen), PAU-5/0020.

§ 33i GewO, orientiert hat und dass der Grund für die Verlagerung dieser Materie auf die Länder darin zu sehen ist, dass es sich nach Ansicht des verfassungsändernden Gesetzgebers dabei um einen lokal bzw. regional geprägten Regelungsgegenstand handelt, von dem im Falle einer unterschiedlichen inhaltlichen Ausgestaltung durch die einzelnen Länder keine störenden Wirkungen auf den nationalen und internationalen Wirtschaftsverkehr ausgehen.

III. Methodische Grundsätze der Kompetenzzuordnung und der Interpretation von Kompetenznormen

1. *Besonderheiten der Normstruktur und Interpretation von Kompetenznormen*

Die Funktionen und die normative Struktur der Art. 70 ff. GG hat das Bundesverfassungsgericht im Anschluss an *Degenhart*⁵³ folgendermaßen charakterisiert:

„Das Grundgesetz verfolgt mit den Zuständigkeitskatalogen der Art. 70 ff. GG den Zweck, eine vollständige Verteilung der staatlichen Aufgaben und Befugnisse zwischen Bund und Ländern zu erreichen. Die jeweilige Kompetenzmaterie wird dabei entweder faktisch-deskriptiv durch Benennung der zu regelnden Lebenssachverhalte oder normativ-rezeptiv durch Aufnahme eines vorgefundenen Normbereichs als zu regelnde Materie der Kompetenznorm zugeordnet. Hat der Verfassungsgeber eine normativ ausgeformte Materie vorgefunden und sie als solche gleichsam nachvollziehend benannt, so ist davon auszugehen, dass die einfachgesetzliche Ausformung in der Regel den Zuweisungsgehalt auch der Kompetenznorm bestimmt (...). Sinn und Zweck der Umschreibung eines vom Verfassungsgeber bereits vorgefundenen

53 *Degenhart*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 70, Rn. 51 ff.

Normbereichs in der Kompetenzvorschrift sprechen dafür, dass der vorgefundene Normbereich von ihr erfasst werden soll.⁵⁴

Mit dieser Rechtsprechung knüpft das Bundesverfassungsgericht an eine alte Tradition der Verfassungsauslegung an, die bei der Auslegung von Kompetenznormen der Anknüpfung an einen zum Zeitpunkt der Verfassungsgebung bzw. -änderung bestehenden einfachgesetzlichen Befund eine besondere Bedeutung beimisst⁵⁵ und darin keine methodisch unzulässige Auslegung der Verfassung nach Maßgabe einfachen Gesetzesrechts sieht.⁵⁶ So wurde mehrfach bei der Interpretation von Gesetzgebungskompetenzen auf Gesetze aus der Zeit der Weimarer Republik Bezug genommen, deren Erlass in die Zuständigkeit des Bundes übernommen werden sollte.

Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts lassen zudem den Schluss zu, dass es für eine solche Anknüpfung keiner Anknüpfung an eine vorkonstitutionelle Tradition bedarf. Es reicht vielmehr aus, dass überhaupt in erkennbarer und nachvollziehbarer Art und Weise auf einen normativ geprägten Sachverhalt Bezug genommen wird bzw. werden soll.

Damit wird gleich zwei zentralen Stützen der Argumentation von *Dietlein*⁵⁷ die Grundlage entzogen, denn weder kann einer Auslegung der Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen unter Rückgriff auf § 33i GewO der pauschale Vorwurf einer unzulässigen Interpretation der Verfassung nach Maßgabe des einfachen Gesetzesrechts entgegen gehalten werden noch fehlt es insoweit an einer ausreichenden Tradition der in Bezug genommenen Rechtsmaterie.

Das bedeutet andererseits aber nicht, dass die Landesgesetzgeber nur § 33i GewO „kopieren“ dürfen. Vielmehr bleibt trotz der „Anknüpfung“ des Kompetenztitels an die bisherige bundesgesetzliche Regelung

54 BVerfGE 109, 190 (218).

55 Siehe etwa BVerfGE 4, 7 (13); 12, 205 (226); 106, 62 (195).

56 Siehe dazu auch *Degenhart*, (Fn. 53), Art. 70, Rn. 54.

57 *Dietlein*, ZfWG 2008, 12 ff.

auch ein Gestaltungsfreiraum, den es genauer zu bestimmen gilt. Das ergibt sich schon daraus, dass auch der Bundesgesetzgeber die normativen Vorgaben für die Spielhallen durchaus unterschiedlich ausgestalten konnte. Diese „Freiheit“ steht auch dem Landesgesetzgeber zu.

Dies entspricht auch dem Verständnis von *Degenhart*, auf dessen Ausführungen das Bundesverfassungsgericht verwiesen hat. *Degenhart* führt aus:

„Hat der Verfassungsgeber eine normativ ausgeformte Materie vorgefunden und sie normativ benannt, so bestimmt die einfachgesetzliche Ausformung in der Regel den Zuweisungsgehalt auch der Kompetenznorm. Es wird dann vermutet, dass der Verfassungsgeber sie rezipieren wollte, *jedoch nur in ihren Grundstrukturen*, so dass der Gesetzgeber an einer Fortentwicklung nicht gehindert ist.“⁵⁸

Konkret bezogen auf die Neufassung des Art. 74 Abs. 1 GG führt der Autor sodann aus:

„Soweit durch das 52. Gesetz zur Änderung des GG vom 28.8.2006 aus gegebenen Kompetenztiteln bestimmte Rechtsgebiete ausgegliedert wurden wie z.B. das Heimrecht aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 oder das Recht des Ladenschlusses oder das Recht der Gaststätten aus Nr. 11, ist davon auszugehen, dass eben die Materie, die bisher durch Bundesgesetz geregelt war, in die Zuständigkeit der Länder übergehen sollte. Der Kompetenzbegriff ist also in diesen Fällen normativ zu bestimmen.“⁵⁹

Damit wird deutlich, dass die Anknüpfung an den bisherigen Regelungsgehalt des § 33i GewO bei der Bestimmung der Reichweite des neuen Kompetenztitels „Recht der Spielhallen“ nicht nur möglich, sondern methodisch sogar geboten ist, ohne dass es sich dabei um eine

58 *Degenhart*, (Fn. 53), Art. 70, Rn. 54 – Hervorhebung hinzugefügt.

59 *Degenhart*, (Fn. 53), Art. 70, Rn. 54 a. E.

unzulässige Auslegung des Verfassungsrechts nach Maßgabe einfachen Gesetzesrechts handelt.

2. *Besonderheiten der Gesetzgebungskompetenzen im Bundesstaat*

Die explizite Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern gehört zu den Besonderheiten einer föderalen Verfassungsordnung⁶⁰ und kann unterschiedlichen Grundmustern folgen. Das Grundgesetz hat sich in Art. 30 und Art. 70 für eine Regelung entschieden, bei der von der Zuständigkeit der Länder als Grundsatz ausgegangen und dem Bund nur dort Gesetzgebungszuständigkeiten zuerkannt werden, wo dies durch die Verfassung ausdrücklich vorgesehen ist. Demnach finden sich im Grundgesetz in erster Linie Aussagen über die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes, während die Gesetzgebungskompetenzen der Länder als „Grund-“ oder „Restbefugnis“ nicht ausformuliert, sondern vorausgesetzt werden.⁶¹ Von diesem Grundsatz wird nach der Föderalismusreform in einer überschaubaren Zahl von Fällen abgewichen, in denen nunmehr (weitere) ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeiten der Länder geregelt sind.

Der Kompetenzfigur der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder liegt die Annahme zugrunde, dass es sich dabei um Sachgebiete handelt, in denen eine zentrale und damit einheitliche Regelung durch den Bundesgesetzgeber nicht erforderlich ist, weil es sich um Materien handelt, die für die grundgesetzlich grundsätzlich angestrebte Einheitlichkeit der Wirtschafts- und Lebensverhältnisse nicht oder allenfalls von nachrangiger Bedeutung sind.

60 In zentral organisierten Staaten kann es lediglich eine Verteilung der Gesetzgebungsbefugnisse zwischen einzelnen Verfassungsorganen geben, wie dies insbes. in Frankreich (mit wechselnden Zuordnungen im Rahmen der zahlreichen Verfassungsänderungen) zwischen der Nationalversammlung und dem Präsidenten der Fall ist.

61 *Uhle*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 70 (Bearbeitung Oktober 2008), Rn. 23 ff.

Die Stärkung der Gesetzgebungsbefugnisse der Länder war bereits ein Ziel der Verfassungsänderung des Jahres 1994, unter anderem durch die Verschärfung der Anforderungen an die bundesgesetzliche Regelung durch eine Neufassung des Art. 72 Abs. 2 GG.⁶² Die dazu ergangene Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁶³ wurde vor allem vom Bund für zu rigide empfunden, weil die politische Gestaltungsfreiheit zu sehr beengend gehalten wurde, und löste die Neujustierung durch die Föderalismusreform 2006 aus, die im Ergebnis zu einer erheblichen Beschränkung der Reichweite der Subsidiaritätsregelung des Art. 72 Abs. 2 GG führte.⁶⁴ Vor diesem Hintergrund wurde die Unterscheidung zwischen konditionierter und unkonditionierter konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes eingeführt.⁶⁵ Als Ausgleich wurde als neue Variante die Abweichungsgesetzgebung bei der unkonditionierten Gesetzgebungskompetenz des Bundes eingeführt, diese wiederum begrenzt durch abweichungsfeste Kernbereiche (in den meisten Fällen). Dies führte schließlich zu einer neuen Rolle des *lex posterior* Grundsatzes im Verhältnis Bundes- und Landesrecht. Die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder setzt diese Systematik punktuell fort, indem sie den Zugriff des Bundes überhaupt ausschließt.

3. *Existenz und Behandlung von Doppelzuständigkeiten in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes*

Die Verteilungssystematik der Art. 70, 71, 72 GG erweckt den Anschein, dass die Gesetzgebungsmaterien überschneidungsfrei zwischen Bund und Ländern verteilt werden (können). In der Praxis gibt es aber zahlreiche Beispiele dafür, dass ein und derselbe Lebensbereich unter verschiedenen Gesichtspunkten durch Normen der Bundes- und der Landesgesetzgebung erfasst wird. Man kann insoweit von Doppel-

62 Meyer, (Fn. 39), S. 79 ff.

63 BVerfGE 106, 62 ff.; 110, 141 ff.; 111, 10 ff.; 111, 226 ff. Zu dieser Rechtsprechung Meyer, (Fn. 39), S. 82 ff.

64 Meyer, (Fn. 39), S. 160 ff.

65 Uhle, (Fn. 61), Art. 72, Rn. 27 ff.

zuständigkeiten sprechen. Die Gründe für die Existenz von solchen Doppelzuständigkeiten sind vielfältig, beruhen im Kern aber darauf, dass gleiche oder ähnliche Ziele auf der Grundlage unterschiedlicher Kompetenztitel verwirklicht werden können.

Im vorliegenden Zusammenhang erlangt das Phänomen der Doppelzuständigkeit insoweit praktische Bedeutung, als von *Dietlein* durchgehend unterstellt wird, dass der Landesgesetzgeber (ohne weiteres) das gewerbliche Geldgewinnspielrecht auch auf der Basis einer ordnungsrechtlichen Konzeption regeln und dabei auf die den Ländern zustehende Gesetzgebungskompetenz für das (allgemeine) Sicherheits- und Ordnungsrecht zurückgreifen kann.⁶⁶ Um zu klären, ob es sich dabei um eine tragfähige Argumentation handelt, sind zunächst die allgemeinen Aussagen des Bundesverfassungsgerichts zur Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen im Bereich des Sicherheits- und Ordnungsrechts genauer in den Blick zu nehmen. Drei Entscheidungen kommt dabei eine besondere Bedeutung zu:

a) Beschluss zum Beschussgesetz – BVerfGE 8, 143

Zunächst ist ein Beschluss des Zweiten Senats vom 29. April 1958 zu erwähnen, der sich auf das Gesetz über die Prüfung von Handfeuerwaffen und Patronen (Beschussgesetz) aus dem Jahr 1939 bezog, das gem. Art. 125 Abs. 1 GG als Bundesrecht fortgalt. In dem Verfahren kam es unter anderem darauf an, ob der Bundesgesetzgeber für den Erlass einer auf der Grundlage dieses Gesetzes erlassenen Gebührenordnung zuständig war.

Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Zusammenhang die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Polizei- und Ordnungsrechts eingehend geprüft⁶⁷ und das Ergebnis im zweiten Leitsatz der Entscheidung in folgenden allgemeinen Zuordnungsgrundsätzen zum Ausdruck gebracht:

66 Siehe *Dietlein*, ZfGW 2008, 77 ff.

67 BVerfGE 8, 143 (148 ff.).

„Für die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz sind Normen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in einem bestimmten Sachbereich dienen, jeweils dem Sachbereich zuzurechnen, zu dem sie in einem notwendigen Zusammenhang stehen. Einen selbständigen, in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallenden Sachbereich bildet nur das Polizeirecht im engeren Sinne; es umfasst die Regelungen, bei denen die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung der alleinige und unmittelbare Gesetzeszweck ist.“⁶⁸

Zur Begründung dieses Grundsatzes führt das Gericht in der Entscheidungsbegründung unter anderem aus:

„Eine eindeutige Abgrenzung dessen, was zum Recht der Wirtschaft gehört, von der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienenden Vorschriften ist nicht möglich. Nicht wenige Normen des Wirtschafts- und Gewerberechts dienen mittelbar oder unmittelbar der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung; es braucht in diesem Zusammenhang nur an die Gewerbefreiheit durch Statuierung einer Genehmigungspflicht für bestimmte Gewerbebetriebe einschränkende Regelungen der Gewerbeordnung (...) erinnert werden. Auch im Eisenbahn-, Straßen-, und Luftverkehrsrecht ... finden sich zahlreiche der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit in dem jeweiligen Lebensbereich dienende Vorschriften, ohne dass die betreffenden Normen um deswillen der Gesetzgebungskompetenz des Bundes entzogen wären. Die Gesamtheit der Normen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen, bildet nämlich keinen selbständigen Sachbereich im Sinne der grundgesetzlichen Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Bund und Ländern. Die Ordnungsgewalt kann als Annex des Sachgebiets erscheinen, auf dem sie tätig wird; die Zuständigkeit zur Gesetzgebung in einem Sachbereich umfasst dann auch die Regelung der Ordnungsgewalt (Polizeigewalt) in diesem Sachbereich. Darauf gründet die herkömmliche Unter-

68 BVerfGE 8, 143, LS 2.

scheidung zwischen Verwaltungspolizei und Sicherheitspolizei. Soweit der Bund ein Recht zur Gesetzgebung auf einem bestimmten Lebensgebiet hat, muss er demnach auch das Recht haben, die dieses Lebensgebiet betreffenden spezialpolizeilichen Vorschriften zu erlassen (vgl. BVerfGE 3, 407 [433]). Normen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in einem bestimmten Sachbereich dienen, sind daher jeweils dem Sachbereich zuzurechnen, zu dem sie in einem notwendigen Zusammenhang stehen. Nur solche Regelungen, bei denen die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung den alleinigen und unmittelbaren Gesetzeszweck bildet, können einem selbständigen Sachbereich zugerechnet werden, der als Polizeirecht im engeren Sinne bezeichnet wird und in die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung fällt.“

Es kommt demnach maßgeblich darauf an, dass der Hauptzweck (Schwerpunkt) einer Regelung einer Sachmaterie zugeordnet werden kann, für die der Bund die Gesetzgebungskompetenz besitzt. Ist das der Fall, so folgt die Ordnungsgewalt der allgemeinen gesetzgeberischen Gestaltungskompetenz für den betreffenden Lebensbereich.

b) Beschluss zu § 24 GewO – BVerfGE 41, 344

Im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens hat sich der Zweite Senat in einem weiteren Beschluss vom 24. Februar 1976 ein zweites Mal ausführlicher mit der kompetenzrechtlichen Zuordnung der Ordnungs- und Polizeigewalt beschäftigt. In diesem Verfahren stand die Frage im Zentrum, ob auch nicht gewerblich genutzte Anlagen von der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Recht der Wirtschaft erfasst werden, auf der die Gewerbeordnung beruht. Dazu führt das Gericht aus:

„Bei der Bestimmung der Reichweite der einzelnen, in den Kompetenzvorschriften des Art. 74 GG klassifizierten und typisierten Gesetzgebungsmaterien ist deren herkömmliche systematisch-begriffliche Zuordnung in der Tradition und Entwicklung des deutschen Rechts zu berücksichtigen. Von ihr ging der Grundgesetzgeber aus, als er die Gesetzgebungskompetenzen von Bund

und Ländern festlegte. Art. 74 Nr. 11 GG knüpft an den überkommenen Begriff und Regelungsbereich des Gewerberechts an und ordnet ihn der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes zu. § 24 Abs. 2 1. Halbsatz GewO ist von dieser Kompetenz des Bundes gedeckt. Das diese Vorschrift in erster Linie sicherheits- und ordnungsrechtlichen Zwecken dient, entkleidet sie nicht ihrer gewerberechtlichen Natur, ist doch das Gewerbe-recht seit jeher weithin Sonderordnungsrecht.⁶⁹

An diese Grundaussage schließt sich eine präzisierende und die Aussagen im achten Band ergänzende Grenzziehung an:

„Das bedeutet freilich nicht, dass eine Bundeskompetenz immer schon dann begründet wäre, wenn eine Regelung im Bereich der Gefahrenabwehr mittelbar oder unmittelbar Auswirkungen auf die wirtschaftliche Tätigkeit, etwa einen Anreiz zur Normierung wirtschaftlicher Leistungen oder Erzeugnisse, zur Folge hat. Die Einbeziehung der von § 24 Abs. 2 GewO ins Auge gefassten Regelungen in das Gewerbe-recht im Sinne des Art. 74 Nr. 11 GG rechtfertigt sich aus der Gleichartigkeit der Gefahrenlage, der begegnet werden soll, und der unter diesem Gesichtspunkt dem Betrieb einer gewerblichen Ablage vergleichbaren Nutzung der in Rede stehenden Anlagen.“⁷⁰

Der Bundesgesetzgeber kann demnach eine ordnungsrechtliche Regelungskompetenz aus dem „Recht der Wirtschaft“ nur dann ableiten, wenn es sich bei dem die Gefahr verursachenden Verhalten um eine wirtschaftliche Betätigung handelt und dieses auch in seinen übrigen Dimensionen bundesgesetzlich geregelt ist oder wird.

c) Urteil zum G 10 – Gesetz – BVerfGE 100, 313

Eine weitere Klärung in Bezug auf die Grenzen der aus einer Sachmaterie folgenden ordnungsrechtlichen Regelungsbefugnis des Bundes fin-

69 BVerfGE 41, 344 (355).

70 BVerfGE 41, 344 (355).

det sich in einem Urteil des Ersten Senats vom 14. Juli 1999, das sich auf Regelungen im G 10 – Gesetz bezog. Ungewöhnlich war dabei im Vergleich zu den früheren Entscheidungen die Bezugnahme auf die Bundeskompetenz im Bereich der auswärtigen Gewalt. Zu deren Reichweite für ordnungsrechtliche Regelungen führt das Gericht aus:

„Der Begriff der auswärtigen Angelegenheiten in Art. 73 Nr. 1 GG kann nicht ohne Rücksicht auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen im übrigen bestimmt werden. Zum einen darf er nicht in einer Weise ausgelegt werden, daß die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern unterlaufen wird. Zum anderen muß er sich in die verschiedenen Kompetenzzuweisungen an den Bund einfügen. Unter beiden Gesichtspunkten verbietet sich ein Verständnis des Begriffs, nach dem alle Tatbestände mit Auslandsbezug zu den auswärtigen Angelegenheiten zählen. Andernfalls ließe sich weder die Grenze zwischen Bundes- und Landeskompetenzen aufrechterhalten noch ergäben diejenigen Titel in den Katalogen der Bundeskompetenzen einen Sinn, die – wie etwa Art. 73 Nr. 3, 5 und 10 oder Art. 74 Abs. 1 Nr. 4 GG – ebenfalls Materien mit Auslandsbezug zum Gegenstand haben.

Die Kompetenzzuweisung in Art. 73 Nr. 1 GG muß vielmehr im Zusammenhang mit den Beziehungen zu auswärtigen Staaten gesehen werden, deren Pflege gemäß Art. 32 Abs. 1 GG Sache des Bundes ist. Unter auswärtigen Angelegenheiten im Sinn von Art. 73 Nr. 1 GG sind dann diejenigen Fragen zu verstehen, die für das Verhältnis der Bundesrepublik Deutschland zu anderen Staaten oder zwischenstaatlichen Einrichtungen, insbesondere für die Gestaltung der Außenpolitik, Bedeutung haben. In diesem Sinn ist auch die Aussage des Bundesverfassungsgerichts zu verstehen, daß auswärtige Angelegenheiten nur solche seien, die sich aus der Stellung der Bundesrepublik als Völkerrechtssubjekt zu anderen Staaten ergeben (vgl. BVerfGE 33, 52 [60]).

Diese Umschreibung schränkt den Begriff nicht auf den völkerrechtlichen Verkehr ein. Sie setzt nicht bei den völkerrechtlich geregelten Materien, sondern bei dem deutschen Staat und seinen

Außenbeziehungen an. Für diese können auch Vorgänge im Ausland, deren Urheber nicht ausländische Staaten sind, Bedeutung haben. Solche Vorgänge sollten mit der Umschreibung nicht aus dem Bereich der auswärtigen Angelegenheiten ausgeschlossen werden. Die Einrichtung einer Stelle zur umfassenden Auslandsaufklärung fällt daher unstreitig unter die auswärtigen Angelegenheiten im Sinn von Art. 73 Nr. 1 GG. In der erwähnten Entscheidung ging es demgegenüber nur darum, den Begriff gegen inländische Reaktionen auf grenzüberschreitendes Verhalten Privater – in diesem Fall das gesetzliche Verbot, verfassungsfeindliche Filme vom Ausland in die Bundesrepublik zu verbringen – abzugrenzen, das deswegen nicht auf Art. 73 Nr. 1, sondern auf Art. 73 Nr. 5 GG gestützt wurde.

Dem Bund ist es auch nicht etwa verwehrt, aus Erkenntnissen über das Ausland, die er unter Inanspruchnahme seiner Kompetenz aus Art. 73 Nr. 1 GG gewonnen hat, gesetzgeberische Konsequenzen innenpolitischer Art zu ziehen, sofern er dafür eine eigene Zuständigkeit besitzt. Im Grenzbereich zur Verbrechensbekämpfung ist aber von Belang, daß Art. 73 Nr. 10 GG dem Bund bestimmte und zugleich begrenzte Gesetzgebungskompetenzen für die Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern im Bereich der Kriminalpolizei, für die Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamtes sowie für die internationale Verbrechensbekämpfung zuweist. Darunter ist nicht die Bekämpfung internationaler Verbrechen, sondern die internationale Bekämpfung von Verbrechen, also etwa die Zusammenarbeit deutscher mit ausländischen Stellen in kriminalpolizeilichen Fragen, zu verstehen. Im übrigen fällt das Polizeirecht als Gefahrenabwehrrecht in die Zuständigkeit der Länder. Auf die Frage, ob sich aus den Gesetzgebungskompetenzen ein Trennungsgebot zwischen Polizei und Nachrichtendiensten entnehmen läßt, kommt es daher hier nicht an (vgl. auch BVerfGE 97, 198 [217]).

Nach alledem müssen die angegriffenen Regelungen, damit sie auf die Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Nr. 1 GG gestützt werden können, in einen Regelungs- und Verwendungszusammen-

hang eingebettet sein, der auf die Auslandsaufklärung bezogen ist. Dagegen berechtigt Art. 73 Nr. 1 GG den Bundesgesetzgeber nicht dazu, dem Bundesnachrichtendienst Befugnisse einzuräumen, die auf die Verhütung, Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten als solche gerichtet sind. Das schließt Parallelen und Überschneidungen in den verschiedenen Beobachtungs- und Informationsbereichen nicht aus, solange sich die durch die Kompetenzverteilung abgegrenzten Aufgaben- und Tätigkeitsfelder der verschiedenen Stellen nicht vermischen.⁷¹

Auch diese Argumentation macht deutlich, dass es dem Bundesverfassungsgericht nicht auf eine strikte Vermeidung von Doppelkompetenzen und Überschneidungen ankommt, sondern nur von einem Verbot der „Vermischung“ und einem Gebot der „Widerspruchsfreiheit“ auszugehen ist.

d) Schlussfolgerungen

Fasst man die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts über mehr als vier Jahrzehnte hinweg entwickelten Grundsätze zur Zuordnung ordnungsrechtlicher Regelungen zusammen, so ergibt sich folgendes Bild:

Gesetzliche Regelungen, die Bezüge zum Ordnungsrecht und zu einem anderen Sachgebiet aufweisen, sind kompetenzrechtlich grundsätzlich der Gesetzgebungskompetenz für diejenige(n) Zielsetzung(en) zuzuordnen, die den Schwerpunkt der getroffenen Regelung bildet. Dabei ist davon auszugehen, dass ordnungsrechtliche Zielsetzungen in der Regel einen komplementären Charakter im Verhältnis zu den primär wirtschaftlichen Zielsetzungen verfolgen.

Damit verliert die von *Dietlein* vertretene These vom Vorrang der ordnungsrechtlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder jedenfalls auf der Grundlage der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungs-

71 BVerfGE 100, 313 (368 f.).

gerichts ihre Überzeugungskraft und sachliche Rechtfertigung. Sie ist abzulehnen.

4. *Die Reichweite der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Glücksspiel auf der Grundlage des Rechts der Wirtschaft*

Überträgt man diese Grundsätze auf den Bereich des Glücksspiels im Allgemeinen und das Recht der Spielhallen im Besonderen, so ergibt sich folgendes Bild:

Der Bundesgesetzgeber ist auf Grund seiner Kompetenz für das Recht der Wirtschaft aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (weiterhin) berechtigt, das gewerbliche Geldgewinnspiel umfassend einer wirtschaftlichrechtlichen Regelung zu unterwerfen und in diesem Zusammenhang auch ordnungsrechtliche Zielsetzungen zu verfolgen. Diese Regelungsbefugnis schließt auch die Geldgewinnspielgeräte ein, die in Spielhallen zum Einsatz kommen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 28. März 2006 unter Absatz-Nr. 96 f. zu dem sachlichen Zusammenhang zwischen dem Recht der Wirtschaft und dem Glücksspielwesen knapp ausgeführt:

„Mit der Verteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern stehen die das Grundrecht der Berufsfreiheit beschränkenden Regelungen im Einklang.

Der Freistaat Bayern war unabhängig von der Regelungszuständigkeit des Bundes für das Strafrecht für den Erlass des Staatslotteriegesetzes zuständig. Das gilt schon deshalb, weil der Bund von einer möglichen Gesetzgebungszuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft), abgesehen vom Bereich des Wettens auf Pferdesportereignisse, jedenfalls keinen Gebrauch gemacht hat (Art. 72 Abs. 1 GG).“

Daraus lässt sich ableiten, dass das Bundesverfassungsgericht im Recht der Wirtschaft eine gegenüber dem Ordnungsrecht vorrangige Regelungszuständigkeit sieht, von der der Bundesgesetzgeber lediglich keinen Gebrauch gemacht hat.

Dies wird bestätigt, wenn man unter Absatz-Nr. 155 die Hinweise des Senats zur erforderlichen Neuregelung liest:

„Eine Neuregelung kommt dabei grundsätzlich sowohl durch den Bundes- wie den Landesgesetzgeber in Betracht. Insoweit kann auch der Bund, gestützt auf den Gesetzgebungstitel für das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, unter den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG tätig werden. Eine Kompetenz des Bundes scheitert nicht an dem ordnungsrechtlichen Aspekt der Regelungsmaterie.“

Damit ist implizit auch durch das Bundesverfassungsgericht die These von *Dietlein* widerlegt, nach der die Länder im Falle der ordnungsrechtlichen Ausgestaltung des Glücksspielwesens einen gegenüber dem Bundesgesetzgeber vorrangigen Zugang zur Regelung besitzen.

5. *Die Anforderungen an die Widerspruchsfreiheit zwischen Landesgesetzgebung und Bundesgesetzgebung*

Unabhängig von der genauen sachlichen Reichweite der Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Recht der Spielhallen bleibt diese Materie sachlich in das bundesgesetzlich geregelte gewerbliche Spielrecht eingebunden. Neben den Vorgaben, die sich direkt aus den beim Bund verbliebenen Regelungszuständigkeit z.B. für die gewerblichen Geldgewinnspielgeräte⁷² ergeben, ist der Landesgesetzgeber auch von Verfassung wegen verpflichtet, sich mit seinen Regelungen nicht in einen Widerspruch zu den Regelungen des Bundesgesetzgebers und der ihnen zugrunde liegenden Regelungskonzeption zu setzen.

72 Dazu näher unten S. 78 f.

Den damit angesprochenen Grundsatz der Widerspruchsfreiheit hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung zum Abfallwirtschaftsrecht entwickelt⁷³ und folgendermaßen begründet:

„Die Verpflichtung zur Beachtung der bundesstaatlichen Kompetenzgrenzen und zur Ausübung der Kompetenz in wechselseitiger bundesstaatlicher Rücksichtnahme (vgl. BVerfGE 81, 310 [339]) wird durch das Rechtsstaatsprinzip in ihrem Inhalt verdeutlicht und in ihrem Anwendungsbereich erweitert. Das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder, die Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, daß den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen. Welche der einen Widerspruch begründenden Regelungen zu weichen hat, bestimmt sich grundsätzlich nach dem Rang, der Zeitenfolge und der Spezialität der Regelungen. Sachkompetenz und Steuerkompetenz werden vom Grundgesetz bereits in der Weise aufeinander abgestimmt, daß grundsätzlich der Sachgesetzgeber Verhaltenspflichten, der Steuergesetzgeber Zahlungspflichten regelt. Das Nebeneinander dieser Kompetenzen und ihre Wahrnehmung führen insoweit nicht zu sachlichen Widersprüchen. Begründet der Steuergesetzgeber aber Zahlungspflichten, die den Adressaten zur Vermeidung des steuerbelasteten Tatbestandes veranlassen sollen, so kann diese Lenkung Wirkungen erreichen, die den vom zuständigen Sachgesetzgeber getroffenen Regelungen widersprechen. Der Gesetzgeber darf deshalb aufgrund einer Steuerkompetenz nur insoweit lenkend und damit mittelbar gestaltend in den Kompetenzbereich eines Sachgesetzgebers übergreifen, als die Lenkung weder der Gesamtkonzeption der sachlichen Regelung noch konkreten Einzelregelungen zuwiderläuft.

Diese rechtsstaatlichen Vorgaben begründen im Rahmen der bundesstaatlichen Ordnung der Gesetzgebungskompetenzen zugleich Schranken der Kompetenzausübung. Der Steuergesetzgeber darf

73 BVerfGE 98, 106 ff. Zu Einzelheiten der Entscheidung *Kluth*, DStR 1998, 892 ff.

die vom Sachgesetzgeber getroffenen Entscheidungen nicht durch Lenkungsregelungen verfälschen, deren verhaltensbestimmende Wirkungen dem Regelungskonzept des Sachgesetzgebers zuwiderlaufen. Sobald der Sachgesetzgeber für einen Sachgegenstand Regelungen trifft, muß der Gesetzgeber diese bei steuerlichen Lenkungen beachten (zur Auferlegung von Abgaben aufgrund einer Sachkompetenz vgl. BVerfGE 91, 186 [201 ff.]). Würde der Bundesgesetzgeber etwa durch eine Lenkungsteuer mit Lenkungsdruck in einem vom Landesgesetzgeber geregelten Bereich des Kultusrechts gestaltend einwirken, überschritte er seine Steuerkompetenz, wenn er dadurch zu einer dem Regelungskonzept oder einer Einzelaussage des Landesgesetzgebers zuwiderlaufenden Verhaltensweise veranlassen würde. Umgekehrt dürfte der Landesgesetzgeber oder der kommunale Satzungsgeber nicht durch eine Lenkungsteuer in den Regelungsbereich des Bundesgesetzgebers einwirken, wenn dieser den steuerlich verfolgten Lenkungszweck ausgeschlossen oder gegenläufige Lenkungswirkungen oder Handlungsmittel vorgeschrieben hat.⁶⁷⁴

Ob die speziell für das Verhältnis von Sachgesetzgebungskompetenz und lenkender Steuergesetzgebungskompetenz entwickelte Argumentation auch auf andere Bereiche zu übertragen ist, muss angesichts der wenigen Anwendungsfälle⁷⁵ und eines bislang noch nicht gesicherten Diskussionsstandes in der Wissenschaft⁷⁶ indes mit Vorsicht beantwortet werden.⁷⁷

Für den Fall, dass ein Landesgesetzgeber plant, das gewerbliche Spielrecht auf der Grundlage einer ordnungsrechtlichen Konzeption zu regeln, erscheint eine Übertragung der Argumentation aber naheliegend, ganz abgesehen davon, dass es nach der hier vertretenen Ansicht

74 BVerfGE 98, 106 (118 ff.). Kritisch *Heintzen*, BK, Art. 70 (2003), Rn. 62;

75 Neben der erwähnten Entscheidung weiterhin BVerfGE 98, 275 (301) sowie eine Reihe nicht erfolgreicher Senatsentscheidungen und Kammerbeschlüsse, die auf diese Rechtsprechung Bezug nehmen.

76 Dazu etwa *Haack*, Widersprüchliche Regelungskonzeptionen im Bundesstaat, 2002.

77 *Degenhart*, (Fn. 53), Art. 70, Rn. 68.

an einer solchen ordnungsrechtlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder fehlt.

Unter Beachtung der Maßgabe zur Vorsicht ist weiterhin davon auszugehen, dass der verfassungsrechtliche Kern der Verpflichtung zur Widerspruchsfreiheit in Kompetenzbereichen, in denen den Ländern für einen „Ausschnitt“ aus einem größeren Sachbereich die Gesetzgebungskompetenz zusteht, wie dies im vorliegenden Zusammenhang der Fall ist, ebenfalls zur Geltung kommen muss, da ansonsten die Gefahr besteht, dass es zu gegenläufigen Anordnungen gegenüber den Normadressaten kommt und die Wirksamkeit der bundesgesetzlichen Vorgaben ausgehöhlt werden kann. Konkret bedeutet dies, dass der Landesgesetzgeber keine Regelungen treffen darf, die bundesgesetzlich vorgegebene Maßnahmen in ihrer Wirkung schmälern oder konterkarieren.

6. *Schlussfolgerungen*

Aus den vorstehenden Überlegungen zu Normstruktur und Interpretation von Kompetenznormen lassen sich für die weiteren Überlegungen folgende Schlussfolgerungen und Vorgaben ableiten:

- Die Orientierung der Auslegung des neuen Kompetenztitels an seiner bisherigen einfachgesetzlichen Ausgestaltung in § 33i GewO ist methodisch nicht nur nicht „verboten“, sondern vielmehr wegen des normativ-rezeptiven Charakters der Regelung, der sich aus der Entstehungsgeschichte der Norm eindeutig ergibt, naheliegend.
- Die Gesetzgebungsbefugnis der Länder ist damit nicht auf einen Nachvollzug der bisherigen Regelung beschränkt, in ihrem Kerngehalt aber durch diese Norm umrissen.
- Die Regelungen der Länder dürfen als Teilmaterien eines weiterhin bundesgesetzlich geprägten Sachbereichs „gewerbliches

Spielrecht“ nicht in Widerspruch zu den weiter bestehenden Regelungen treten.

- Das gilt auch für den Fall, dass sich der Gesetzgeber für den Übergang zu einer „ordnungsrechtlichen Konzeption“ entscheiden sollte, da auch eine solche Regelung zum Recht der Wirtschaft gehören würde und nicht Ausdruck der ungeschriebenen Gesetzgebungskompetenz der Länder für das allgemeine Ordnungsrecht wäre.

IV. Die sachliche Reichweite der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Recht der Spielhallen

1. *Interpretation des Tatbestandsmerkmals „Spielhallen“*

a) Wortlaut

Der Wortlaut des Regelungsbestandteils des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG „das Recht der Wirtschaft ... ohne das Recht ... der Spielhallen“ macht zunächst deutlich, dass es sich um einen Ausschnitt aus einer weiter gefassten Sachmaterie handelt. Diese Ausnahme bzw. dieser Ausschnitt wird durch die Verwendung des Wortes „Spielhalle“ durch ein tätigkeitsbezogenes Merkmal („Spiel“) und ein raumbezogenes Merkmal („Halle“) determiniert.

Unter Spiel ist dabei eine Tätigkeit zu verstehen, die der Unterhaltung dient, aber auch in der Form des Glücksspiels auf eine Gewinnerzielung ausgerichtet ist. Eine Beschränkung auf das Glücksspiel ist aus dem Wortlaut selbst nicht ableitbar.

Mit dem Wortbestandteil „Halle“ wird ein räumliches Merkmal angesprochen, wobei in der Alltagssprache unter Halle durchaus größere Räume, insbesondere Lagerhallen, verstanden werden. In der Zusammensetzung „Trinkhalle“ sowie „Spielhalle“ werden darunter aber auch

kleinere Räumlichkeiten verstanden, die aber immer einer Vielzahl von Personen Raum für den Aufenthalt bieten.

Die Kombination beider Wortbestandteile führt zu einem Verständnis, bei dem als Verständnisrahmen von Räumen auszugehen ist, in denen sich eine größere Zahl von Personen aufhalten kann, um dort „Spiele“ durchzuführen bzw. an diesen teilzunehmen.

Eine nähere Eingrenzung der Spielarten lässt sich aus dem Wortlaut ebenso wenig ableiten, wie ein Rückschluss auf die Motivation des Organisators sowie der Teilnehmer.

Ausgenommen sind aber sportliche Betätigungen, da für die Orte solcher Betätigungen die speziellen Bezeichnungen Sporthalle und Sportstätte zur Verfügung stehen.

Aus der Wortbedeutung lässt sich damit nur eine grobe Konkretisierung der Reichweite der Gesetzgebungsbefugnis ableiten.

b) Entstehungsgeschichte

Wie im Rahmen der Ausführungen zu den Beratungen der Föderalismuskommission und zu den methodischen Besonderheiten der Interpretation von Kompetenznormen bereits aufgezeigt wurde, kommt dem Willen des Gesetzgebers bei der Auslegung von Kompetenznormen eine besondere Bedeutung zu. Das gilt vor allem in Fällen einer normativ-rezeptiven Konkretisierung von Kompetenzbereichen.⁷⁸ Es wurde festgestellt, dass im Falle des „Rechts der Spielhallen“ von einem normativ-rezeptiven Tatbestandsmerkmal auszugehen ist, bei dem der Inhalt der Kompetenz sich am Regelungsgehalt der in Bezug genommenen Norm, hier des § 33i GewO, orientiert. Daraus lassen sich die folgenden weiteren Auslegungsmaßgaben ableiten:

78 Siehe oben S. 41 ff.

- Der Regelungsgegenstand Spielhalle ist auf Grund des normativen Kontextes der bestehenden Regelung im Sinne einer gewerblichen Spielhalle zu verstehen.
- Die durch die Regelung des § 33i GewO bislang erfassten Geldgewinnspiele liefern einen Orientierungsrahmen, wobei eine Erweiterung auf weitere Spielformen ebenso möglich ist wie eine Verengung.

Fraglich ist, ob darüber hinaus dem sog. Regionalkriterium eine selbständige Bedeutung für die Interpretation der „Spielhalle“ zukommt. Geht man davon aus, dass es sich bei dem Regionalkriterium lediglich um einen Maßstab handelte, der vom verfassungsändernden Gesetzgeber bei der Auswahl derjenigen Kompetenzbereiche zugrunde gelegt wurde, die den Ländern (neu) zugewiesen wurden, so kommt dem Kriterium für die Auslegung keine weitere normative Bedeutung zu. Vielmehr erschöpft sich die Relevanz auf den Entscheidungsprozess im Rahmen der Verfassungsreform. Dabei spielt es nachträglich auch keine Rolle mehr, ob das „Recht der Spielhallen“ tatsächlich durch einen spezifischen regionalen Bezug geprägt ist.

Einschränkend ist jedoch zu berücksichtigen, dass dem Auswahlkriterium jedenfalls insoweit eine beschränkende Funktion innewohnt, als jedenfalls eine Erweiterung des Verständnisses von „Recht der Spielhallen“ dort ihre Grenze findet, wo die neuen Regelungen keinen regionalen Bezug mehr aufweisen und sich auf den überregionalen Wirtschaftsverkehr auswirken.

c) Systematische Interpretation

Die systematische Interpretation führt zu der Einsicht, dass es sich beim Recht der Spielhallen um einen „Ausschnitt“ aus dem Recht der Wirtschaft handelt, für das die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes fortgilt. Das spricht für eine tendenziell enge Auslegung, da es weiterhin Aufgabe des Bundesgesetzgebers ist, die Grundzüge insbesondere des Gewerberechts und des gewerblichen Spielrechts zu normieren.

d) Teleologische Interpretation

Dieses Ergebnis wird auch durch eine Besinnung auf den Sinn und Zweck der Norm bestärkt, nach dem den Ländern nur für Teilbereiche des Gewerberechts bzw. des gewerblichen Spielrechts eine ausschließliche Regelungszuständigkeit eingeräumt werden sollte, und zwar soweit es sich um lediglich regional wirkende Aspekte handelt, von denen keine Beeinträchtigungen des überregionalen Wirtschaftsverkehrs zu erwarten ist.

e) Zwischenergebnis

Demnach steht den Ländern nur eine auf die spezifischen Belange der Spielhallen eng beschränkte Regelungsbefugnis zu, als deren äußerste Schranke insbesondere solche Regelungen anzusehen sind, die geeignet sind, den überregionalen Wirtschaftsverkehr zu beeinträchtigen.

2. *Anforderungen an das Gebrauchmachen von „Ersetzungsbefugnis“ gem. Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG*

Die Ersetzungsbefugnis nach Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG räumt den Ländern Ermessen ein, ob und wann sie das geltende Bundesrecht durch eigenes Recht ersetzen. Umstritten ist aber, ob sie dies nur vollständig oder auch teilweise tun dürfen und ob die Entscheidung für eine Nicht-Regelung eine Ersetzung darstellt.

Bezüglich des zuletzt angesprochenen Gesichtspunktes besteht überwiegend die Ansicht, dass nur eine inhaltliche Neuregelung als Ersetzung zu verstehen ist.⁷⁹ Das bedeutet aber nicht, dass es dem Landesgesetzgeber verboten wäre, sich bewusst für eine Deregulierung zu entscheiden.⁸⁰

79 Stettner, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. 3, 2. Aufl. 2008, Art. 125a, Rn. 9; Uhle, (Fn. 1), Art. 125a, Rn. 30.

80 Stettner, (Fn. 79), Art. 125a, Rn. 9; Uhle, (Fn. 1), Art. 125a, Rn. 30.

Problematisch sind vor allem punktuelle Ersetzungen, da diese zu einer Gemengelage führen und dem Bundesgesetzgeber ja weiterhin das Recht zur Anpassung der bestehenden Regelungen zusteht.⁸¹

Konkret bedeutet dies, dass der Landesgesetzgeber sich nicht darauf beschränken kann, einzelne Bestandteile des § 33i GewO zu „ersetzen“. Wegen des geringen Regelungsumfangs verlangt Art. 125a GG vielmehr, dass er eine den § 33i GewO sowie die auf ihm sachlich basierenden Regelungen der SpielV ersetzende Regelung trifft.

3. *Anforderungen an die Kohärenz der Regelungen zum Glücksspiel in Spielbanken und zum gewerblichen Geldgewinnspiel in Spielhallen*

a) Die Forderung nach Kohärenz der Schutzmaßnahmen

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 28. März 2006 zum staatlichen Monopol für Sportwetten in Bayern⁸² eine Verschärfung der Maßnahmen zur Suchtbekämpfung sowie eine Zurücknahme der Werbung für die Teilnahme an Glücksspielangeboten angemahnt und dazu in seinem Leitsatz klargestellt.

„Ein staatliches Monopol für Sportwetten ist mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG nur vereinbar, wenn es konsequent am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren ausgerichtet ist.“

Zur Begründung führt das Gericht aus:

„Das in Bayern errichtete staatliche Wettmonopol stellt jedoch in seiner gegenwärtigen gesetzlichen und tatsächlichen Ausgestaltung einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit dar.“

81 Stettner, (Fn. 79), Art. 125a, Rn. 10 mit dem zutreffenden Hinweis: „eng auszulegen“.

82 BVerfGE 115, 276 ff.

Den an entsprechender beruflicher Tätigkeit interessierten Bürgern ist der – strafbewehrte – Ausschluss gewerblicher Wettangebote durch private Wettunternehmen nur dann zumutbar, wenn das bestehende Wettmonopol auch in seiner konkreten Ausgestaltung der Vermeidung und Abwehr von Spielsucht und problematischem Spielverhalten dient.

Das im Rahmen des Wettmonopols eröffnete Sportwettenangebot ODDSET ist jedoch nicht konsequent am Ziel der Begrenzung der Wettleidenschaft und Bekämpfung der Wettsucht ausgerichtet. Das Staatslotteriesgesetz enthält keine entsprechenden materiellrechtlichen Regelungen und strukturellen Sicherungen, die dies hinreichend gewährleisten. Die Mängel in der konkreten Ausgestaltung von ODDSET stellen nicht nur ein Defizit im Vollzug des einfachen Rechts dar. Vielmehr drückt sich darin ein entsprechendes Regelungsdefizit aus. ...“

In Absatz-Nr. 123 ff. heißt es weiter:

„Eine Ausrichtung am Ziel der Bekämpfung von Wettsucht und problematischem Spielverhalten ist allein durch ein staatliches Wettmonopol noch nicht gesichert. Ein Monopol kann auch fiskalischen Interessen des Staates dienen und damit in ein Spannungsverhältnis zu der Zielsetzung geraten, die Wettleidenschaft zu begrenzen und die Wettsucht zu bekämpfen.

Dieses Spannungsverhältnis entschärft sich nicht dadurch, dass eine gewisse Abschöpfung des auf den Einsätzen der Wettteilnehmer beruhenden Spielkapitals zur Dämpfung der Gewinnquoten erfolgt, um so die Anreizwirkung des Wettangebots von vornherein gering zu halten. Denn ein Interessenkonflikt kann sich bereits daraus ergeben, dass die Veranstaltung von Wetten überhaupt mit fiskalischen Effekten einhergeht. Die Verwendung der Erträge zur Förderung im öffentlichen Interesse liegender Zwecke mindert den fiskalischen Anreiz nicht, sondern kann wegen der dadurch begründeten Abhängigkeit der geförderten gesellschaftlichen Aktivitäten von Einnahmen aus Glücksspielveranstaltungen dazu

führen, dass diese Finanzmittel als schwer verzichtbar erscheinen und deshalb ein Anlass besteht, die Wettangebote auszubauen und die Werbung auf das Ziel auszurichten, neue Wettteilnehmer zu gewinnen.

Mit einem ordnungsrechtlich begründeten Wettmonopol wählt der Staat zur Begrenzung der Wettleidenschaft und zur Bekämpfung der Wettsucht ein Mittel, das über die bloße rechtliche Ordnung des Wettwesens, insbesondere durch die Normierung von Ge- und Verboten, hinausgeht. Der Staat selbst eröffnet vielmehr eine Betätigungsmöglichkeit für das gefahrbehaftete Verhalten, nämlich die Teilnahme an erlaubten Glücksspielen. Zugleich ist es der Staat, dem aus der Veranstaltung von Wetten erhebliche finanzielle Einnahmen zufließen und der sich dies unter Verweis auf die Förderung von im öffentlichen Interesse liegenden Zwecken, insbesondere in den Bereichen von Sport und Kultur, vorbehält. Die Einnahmefekte können aber dazu (ver)führen, dass der Staat die Zulassung von Wetten und das Eröffnen von Wettangeboten letztlich im Sinne einer Bewirtschaftung der Wettleidenschaft betreibt, indem die Wetten wie eine grundsätzlich unbedenkliche Freizeitbeschäftigung vermarktet werden.

Die mit erheblichen Einnahmefekten für den Staat einhergehende Eröffnung eines Betätigungsfeldes für die in der Bevölkerung vorhandene Wettleidenschaft lässt nicht ohne weiteres eine konsequente und wirkliche Ausrichtung an der Bekämpfung und Begrenzung von Wettsucht und problematischem Spielverhalten erkennen. Vielmehr muss sich dies in der rechtlichen wie tatsächlichen Ausgestaltung des Wettmonopols positiv ausdrücken. Gerade aus suchtmmedizinischer Sicht wird insoweit auch im Rahmen staatlicher Glücksspielmonopole eine aktive Prävention gefordert, insbesondere durch angebotsimmanente Aufklärung, Früherkennung problematischen Spielverhaltens und Förderung der Motivation zur Verhaltensänderung (vgl. Hayer/Meyer, Die Prävention problematischen Spielverhaltens, *J Public Health* 2004, S. 293).

Die rechtliche Ausgestaltung des Wettmonopols gewährleistet nicht hinreichend, dass das staatliche Wettangebot konsequent in den Dienst einer aktiven Suchtbekämpfung und der Begrenzung der Wettleidenschaft gestellt ist und ein Konflikt mit fiskalischen Interessen des Staates nicht zu Gunsten dieser ausgeht.“

Inzwischen haben die Länder durch eine Neufassung des Glücksspielstaatsvertrages und die Umsetzung in Landesrecht diesen Vorgaben genügt.⁸³ Damit verbunden ist unter anderem eine deutliche Verschärfung der Zugangskontrollen zu den Spielbanken.

Vor diesem Hintergrund wird vereinzelt eine Anpassung der Zugangsregelungen zu den Spielhallen an die Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrages diskutiert,⁸⁴ ohne dass dabei den rechtlichen Einwänden⁸⁵ hinreichend Rechnung getragen wird. Die Forderung wird unter anderem damit begründet, der EuGH habe in seiner Rechtsprechung zu den staatlichen Wettmonopolen eine Kohärenz der Regelungen und Maßnahmen in den einzelnen Bereichen verlangt. Dabei wird u.a. auf folgende Passage verwiesen: „Errichtet der Staat ein Wettmonopol und soll das Monopol der Bekämpfung von Wertsucht dienen, dann muss der Staat „die Gelegenheit zum [Wetten] wirklich ... vermindern und die Tätigkeiten in diesem Bereich kohärent und systematisch ... begrenzen.“⁸⁶ Das Gebot der Konsistenz hat der EuGH gerade für den Fall entwickelt, dass ein Mitgliedstaat ein Glücksspiel- oder Wettmonopol errichtet (oder sonst einen *numerus clausus* an Glücksspiel- oder Wettveranstaltern einführt). Konsistent verhält sich ein Staat in Ansehung des Ziels der Suchtprävention nur dann, wenn er die Gelegenheit zu Spiel und Wette wirklich herunterfährt. Nicht konsistent verhält sich der Staat umgekehrt dann, wenn er Maßnahmen ergreift, die dem legitimen Ziel der Suchtprävention konsequent zuwiderlaufen. Das

83 Übersicht zu den Neuregelungen bei *Engels*, WRP 2008, 470 ff.

84 *Alber*, ERA Forum 2007, 321 (354); *Backu*, GewArch 2007, 225; *Winkel-müller*, GewArch 2007, 235.

85 Zu diesen eingehend *Ronellenfitsch/Denfeld*, Die Vereinbarkeit von Zugangskontrollen für gewerbliche Spielstätten mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, 2009.

86 EuGH verb. Rs. C-338/04 u. a., Slg. 2007, I-1891, Rn. 53 – *Placanica*.

wäre zum Beispiel der Fall, wenn der Staat sein Wettmonopol expansiv vermarktet, also wenn der Staat Sportwetten zum Beispiel mittels unzähliger Spiel- und Wettannahmestellen anbietet und dabei die Wetten als individuell beglückende und zugleich sozial wohlthätige Freizeitveranstaltung für jedermann marktschreierisch anpreist.

In seiner jüngsten Entscheidungsserie zu mitgliedstaatlichen Wettmonopolen hat der EuGH diese Rechtsprechung bestätigt.⁸⁷

In der Literatur wird zudem erörtert, ob der „Konsistenzkontext“ noch weiter zu ziehen ist.⁸⁸ Nach Ansicht z.B. von *Dederer* lässt sich der Rechtsprechung des EuGH „mit einer gewissen Vorsicht“ entnehmen, dass das staatliche Verhalten im gesamten Glücksspiel- und Wettsektor beachtlich ist.⁸⁹ Noch etwas deutlicher werde dieser Ansatz in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Freihandelszone (EFTA). Nach dessen Rechtsprechung müsse die Politik im Glücksspielbereich insgesamt („the gaming policy as a whole“) betrachtet werden.⁹⁰

Daraus wird von *Dederer* gefolgert:

„Soll ein staatliches Sportwettenmonopol der Eindämmung von Wettsucht dienen, dann verhält sich der Staat inkonsistent, wenn er andere Glücksspiele und Wetten fördert, erlaubt oder duldet, die ein gleiches oder höheres Suchtpotenzial haben. Den Nachweis, Wettsucht eindämmen zu wollen, vermag der Staat nur dann zu führen, wenn er ein Ausweichen auf Glücksspiele und Wetten gleichen oder höheren Suchtpotenzials wirklich verhindert. In den

87 EuGH verb. Rs. C-46/08, C-316/07, C-358/07 bis 360/07, C-409/07 und C-410/07 – Carmen Media, Markus Stoß u. a./Wetteraukreis u. a., EuZW 2010, 760.

88 *Dederer*, NJW 2010, 198 (200).

89 Unter Bezugnahme auf EuGH verb. Rs. C-338/04 u. a., Slg. 2007, I-1891, Rn. 53 – Placanica. Dort verwendet der EuGH die Formulierung „im Bereich der Glücksspiele“ ohne dabei ausdrücklich die gewerblichen Geldgewinnspiele anzusprechen.

90 EFTA-Gerichtshof, Urt. v. 30.05.2007, E-3/06, Rn. 45 – Ladbrokes.

Konsistenzkontext einzubeziehen ist also das staatliche Verhalten in Bezug auf solche Glücksspiele und Wetten, die im Hinblick auf ihr Suchtpotenzial mit Sportwetten im vorgenannten Sinne austauschbar sind.“⁹¹

Abgesehen davon, dass der EuGH in neueren Entscheidungen zu mitgliedstaatlichen Glücksspielregelungen nur ganz allgemein eine kohärente und systematische Vorgehensweise verlangt, ohne einen ausdrücklichen Bezug zu verschiedenen Glücksspielformen herzustellen,⁹² ist auch fraglich, ob sich aus dem Kohärenzgebot überzeugend eine solche Forderung ableiten lässt. Um dies zu klären, bedarf es einer genaueren Bestimmung der rechtlichen Grundlagen und des Regelungsinhalts des Kohärenzgebotes auf gemeinschaftsrechtlicher und staatlicher Ebene.

b) Verortung des Kohärenzgebotes

Der Rechtsbegriff der Kohärenz wird im Unionsrecht in einer großen Zahl von Vorschriften verwendet, um formal-inhaltliche Anforderungen⁹³ an die Unionspolitik zu formulieren. Mit dem größten sachlichen Gewicht erfolgt dies in Art. 13 Abs. 1 EUV:

„Die Union verfügt über einen institutionellen Rahmen, der zum Zweck hat, ihren Werten Geltung zu verschaffen, ihre Ziele zu verfolgen, ihren Interessen, denen ihrer Bürgerinnen und Bürger und denen der Mitgliedstaaten zu dienen sowie die Kohärenz, Effizienz und Kontinuität ihrer Politik und ihrer Maßnahmen sicherzustellen.“

91 *Dederer*, NJW 2010, 198 (220).

92 EuGH Rs. C-42/07, Rn. 61 – *Bwin*, NJW 2010, 3221.

93 Die Charakterisierung formal-inhaltlich ergibt sich aus dem Umstand, dass ähnlich wie beim Gleichheitssatz der Inhalt als solcher nicht vorgegeben wird, sondern in Bezug auf einen frei bestimmten Inhalt bestimmte Folgeanforderungen gestellt werden.

sowie in Art. 7 AEUV:

„Die Union achtet auf die Kohärenz zwischen ihrer Politik und ihren Maßnahmen in den verschiedenen Bereichen und trägt dabei unter Einhaltung des Grundsatzes der begrenzten Einzelermächtigung ihren Zielen in ihrer Gesamtheit Rechnung.“

Neben der allgemeinen Bezugnahme auf das Handeln der Unionsorgane finden sich Verpflichtungen zur Kohärenz auch bei einzelnen Politikfeldern, z.B. in Art. 181 AEUV in Bezug auf die Forschungs- und Technologiepolitik.

c) Inhalt des Kohärenzgebotes

Die in den angeführten Normen angestrebte Kohärenz⁹⁴ soll sich auf die Inhalte der Politiken der EU beziehen. Nur ausnahmsweise wird das Kohärenzgebot auch an die Mitgliedstaaten adressiert.

Bei den allgemeinen Normen geht es um die sinnvolle inhaltliche Abstimmung und Zusammenfügung aller Maßnahmen der EU.⁹⁵ Kohärenz bedeutet demnach die konzeptionelle Stimmigkeit der Einzelmaßnahmen bzw. die Vermeidung unabgestimmter, widersprüchlicher, konterkarierender Maßnahmen.⁹⁶ Sie ist als Gebot zu Übereinstimmung oder besser noch zusammenhängender Stimmigkeit aller Maßnahmen zur Erreichung der Ziele der Union zu verstehen. Die Kohärenz ist ein Handlungs- und Rechtsgestaltungsprinzip der

94 Teilweise wird auch die Bezeichnung Konsistenz bevorzugt, die auch im englischen Vertragwortlaut Verwendung findet. Vgl. *HilffPache*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 3 EUV (Bearbeitung Juni 2005), Rn. 8.

95 *Ress*, JuS 1992, 987.

96 *Müller-Graff*, integration 1993, 150; kritisch *Kadelbach*, Einheit der Rechtsordnung als Verfassungsprinzip der Europäischen Union?, EuR 1998, Beiheft 2, 51 ff.

Union,⁹⁷ das u. a. zur Vermeidung von widersprüchlichen Verhalten verpflichtet.⁹⁸

Mit dieser zuletzt angesprochenen Konkretisierung wird erkennbar, dass das Kohärenzgebot eine große inhaltliche Nähe zu dem aus dem allgemeinen Gleichheitssatz abgeleiteten Gebot der Folgerichtigkeit aufweist, das vom Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung an Stelle des früher verwendeten Argumentationstopos der Systemgerechtigkeit verwendet wird.⁹⁹

In Bezug auf den Erlass von Normen durch unabhängige Normgeber, wie dies derzeit bei den Regelungen des gewerblichen Geldgewinnspiels des Bundes und den Regelungen im Glücksspielstaatsvertrag der Länder der Fall ist, kann eine solche Folgerichtigkeit schon mangels einer Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG nicht greifen, da es gerade Sinn der föderalen Ordnung ist, unterschiedliche gesetzgeberische Konzeptionen zu ermöglichen (Aspekt des Wettbewerbsföderalismus). Weder im Verhältnis Bund/Länder noch im Verhältnis der Länder untereinander kommt deshalb Art. 3 Abs. 1 GG direkt zur Anwendung.¹⁰⁰

d) Anwendung auf das gewerbliche Geldgewinnspiel

Der EuGH entwickelt seine Kohärenzforderung im Rahmen der Rechtfertigung von Eingriffen in die Dienstleistungsfreiheit durch staatliche Wettmonopole und zielt dabei auf die Vermeidung von widersprüchlichen Verhaltensweisen bei der „Ausübung“ der monopolisierten Rechte ab. Es geht also letztlich darum, die Umgehung von Rechtfertigungsanforderungen zu vermeiden.

97 *Hilff/Pache*, (Fn. 94), Art. 3 EUV (Bearbeitung Juni 2005), Rn. 9.

98 *Blanke*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 3 EUV, Rn. 5.

99 Siehe aus neuerer Zeit BVerfGE 105, 73 (126); 120, 1 (30 ff.); ausführlich begründend *P. Kirchhof*, Stuw 1984, 297 ff.

100 *Osterloh*, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 3, Rn. 74. Es gilt hier nur das allgemeine rechtsstaatliche Willkürverbot.

In Bereichen, in denen das Glücksspiel nicht monopolisiert ist, sondern lediglich Beschränkungen der Freiheit der Berufsausübung unterliegt, bedarf es einer vergleichbaren Sicherung nicht. Der staatliche Monopolist und seine Konzessionäre sind insbesondere nicht in Bezug auf das jeweilige Ertragsinteresse schutzwürdig. Das hat zur Folge, dass bereits aus diesem Grunde die Hinweise des EuGH auf ein Kohärenz-erfordernis nicht über den Bereich der monopolisierten Glücksspiele hinaus zur Anwendung kommen können.

Diese Einschätzung wird auch durch die Ausführungen von Generalanwalt *Paolo Mengozzi* in seinen Schlussanträgen vom 4. März 2010 zu den verbundenen Rechtssachen C-316/07 (Markus Stoß) u.a. zu Vorabentscheidungsersuchen von deutschen Verwaltungsgerichten zu Sportwetten bestätigt. Der Generalanwalt führt dort unter Randziffer 68 ff. aus:

„(68) Die Kläger der Ausgangsverfahren sind der Ansicht, dass die Regelung des Glücksspielrechts eines Mitgliedstaats insgesamt kohärent sein müsse und nicht nur individuell in Bezug auf die einzelnen Beschränkungen. Sie berufen sich hierfür auf das Urteil *Gambelli*, aus dessen Wortlaut sie ableiten, dass der Gerichtshof die italienische Glücksspielpolitik allgemein geprüft habe, um sich dann zur Rechtmäßigkeit einer bestimmten restriktiven Maßnahme zu äußern.

(69) Dieser erste Eindruck hinsichtlich des Urteils *Gambelli* ist falsch. Die Anspielung in Randnr. 69 auf die Werbung für andere als die von der fraglichen Beschränkung betroffenen Spiele bedeutet, dass sich der Staat bei einem massiven Anreiz zur Teilnahme an einem bestimmten Spiel (Wette, Lotterie oder anderes) im Verhältnis zu diesem Spiel nicht auf die Suchtbekämpfung berufen und eine Beschränkung des Wettbewerbs auf diesem Gebiet nicht rechtfertigen kann.

(70) Im darauf folgenden Urteil *Placanica* u.a. hat sich der Gerichtshof deutlicher für eine differenzierte Prüfung ausgesprochen, indem er klargestellt hat, dass die Kohärenz und die Verhält-

nismäßigkeit „gesondert für jede mit den nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Beschränkung ... zu prüfen“ sind. Diese Ansicht wird dadurch bestätigt, dass der Gerichtshof seit seinen ersten Urteilen in diesem Bereich ausschließlich die streitige Beschränkung geprüft hat, ohne eine umfassende Analyse der Regelung hinsichtlich aller Glücksspiele in dem betreffenden Mitgliedstaat durchzuführen. Im Urteil Schindler wird z. B. das in den britischen Rechtsvorschriften enthaltene Verbot von Lotterien für mit dem Vertrag vereinbar erklärt, ohne die Regelung dieses Landes bezüglich Sportwetten, die als eine der liberalsten in der Europäischen Union gilt, zu prüfen.

(71) In diesem Sinne kann man das Urteil vom 13. Juli 2004, Kommission/Frankreich, anführen, das ebenfalls eine Beschränkung von Art. 49 EG betraf, auch wenn diese aus Gründen des Schutzes der öffentlichen Gesundheit gerechtfertigt war: „Zu dem Argument, dass die französische Fernsehwerbungsregelung inkonsequent sei, weil sie nur für alkoholische Getränke mit einem Alkoholgehalt von über 1,2 Vol.-% gelte, nur Fernsehwerbung betreffe und nicht auf Tabakwerbung anwendbar sei, genügt der Hinweis darauf, dass es Sache der Mitgliedstaaten ist, zu entscheiden, auf welchem Niveau sie den Gesundheitsschutz sicherstellen wollen und wie dieses Niveau erreicht werden soll“ (Urteil Kommission/Frankreich, Randnr. 33).

(72) In Übereinstimmung mit den vorstehenden Entscheidungen bin ich der Ansicht, dass die Regelung, die die verschiedenen Glücksspiele eines Mitgliedstaats betrifft, nicht als ein Ganzes behandelt werden kann und dass eine gesonderte Prüfung hinsichtlich jeder Beschränkung und jeder Spielform vorzunehmen ist. Der Gerichtshof hat nie die Ansicht vertreten, dass „alles oder nichts“ zu liberalisieren sei; der Wortlaut seiner Urteile zeigt deutlich, dass es sich um eine Materie handelt, bei der die Probleme von Fall zu Fall zu lösen sind.

(73) Diese Auslegung entspricht weit besser dem Gedanken, der der Rechtsprechung im Glücksspielbereich zugrunde liegt, nach

der ein Ermessen der Mitgliedstaaten anzuerkennen ist, die zum Schutz der Spieler und der Sozialordnung erforderlichen Voraussetzungen entsprechend ihrer eigenen Werteordnung zu bestimmen. Aus moralischen oder kulturellen Gründen werden die verschiedenen Glücksspiele in den Mitgliedstaaten nicht gleich wahrgenommen, was erklärt, dass unabhängig vom Suchtrisiko und ohne dem aufrichtigen Willen der öffentlichen Stellen, das Wohl der Bürger zu wahren, vorzugreifen, die Teilnahme an bestimmten Spielen in manchen Ländern freier ist als in anderen.

(74) Jedenfalls bin ich unabhängig von der Frage, ob die Geeignetheit beschränkender Maßnahmen in einem sektoriellen Rahmen zu prüfen ist, der Auffassung, dass die in einer Regelung vorgesehene Option, für bestimmte Spiele ein Monopol zu errichten und andere in der Hand des privaten Sektors zu lassen, weder hinsichtlich des Ziels der Betrugsbekämpfung noch hinsichtlich des Ziels der Beschränkung der Gelegenheiten zum Spiel in einem Mitgliedstaat von vornherein inkohärent, sofern die Behörden eine gewisse Überwachung der Anbieter gewährleisten und das dem Monopol unterliegende Spielangebot geringer ist, als es bei einem privaten Leistungserbringer bestehen könnte.

(75) Darüber hinaus ist meines Erachtens das Suchtpotenzial mancher Glücksspiele nicht das einzige Kriterium für die Beurteilung der Gefahr, die sie in Bezug auf die Ziele der Politik im Glücksspielbereich darstellen. Auch wenn zahlreiche Studien darauf hinweisen, dass Geldspielautomaten und Spielbanken häufiger zu einem Spielsuchtverhalten führen als Lotterien und Sportwetten, bedeutet dies nicht, dass Erstere eine größere Gefahr für die Erreichung der Ziele der Bekämpfung der Kriminalität (dies hängt davon ab, in welchem Sektor in jedem einzelnen Land betrügerische Aktivitäten am wahrscheinlichsten sind) oder der Verminderung der Gelegenheiten zum Spiel darstellen. Wie die dänische Regierung zu Recht ausführt, besteht der Unterschied zwischen beiden Spielgruppen darin, dass eine Spielbank und Spielautomaten die körperliche Anwesenheit des Spielers erfordern, die für die Teilnahme an Lotterien und Sportwetten nicht

notwendig ist. Deshalb ist selbst bei einer Vielzahl von Unternehmen mit einer Konzession für Spielbanken (oder für Spielautomaten) jedes von ihnen auf einem begrenzten Gebiet tätig: Die Erhöhung des Angebots im Verhältnis zu einer eventuellen Monopolsituation ist begrenzt. Im Gegenteil, die Erhöhung der Zahl der Leistungserbringer bei landesweit angebotenen Spielen wie Lotterien und Sportwetten (die darüber hinaus über das Internet getätigt werden können) würde zu einer bedeutenden Erhöhung des Wettbewerbs und sehr wahrscheinlich zu einer beträchtlichen Zunahme der Gelegenheiten zum Spiel führen.

(76) Infolgedessen ist auch keine vergleichende Untersuchung der Politik im Bereich von Spielen mit gleich hoher Suchtgefahr erforderlich. Die Vereinbarkeit eines Monopols für ein Spiel mit Art. 49 EG ist gesondert und im Hinblick auf seine Geeignetheit oder seine Kohärenz im Hinblick auf das angestrebte Ziel zu untersuchen.“

Der EuGH ist dieser Argumentation in seinem Urteil vom 8. September 2010¹⁰¹ im Wesentlichen gefolgt:

„(88) Einleitend ist darauf hinzuweisen, dass der Gerichtshof in Randnr. 67 des Urteils Gambelli u. a. zunächst hervorgehoben hat, dass Beschränkungen der Spieltätigkeiten durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie den Verbraucherschutz, die Betrugsverbeugung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen gerechtfertigt sein können, dann jedoch entschieden hat, dass dies nur insoweit gilt, als die Beschränkungen, die auf solche Gründe sowie auf die Notwendigkeit gestützt sind, Störungen der Sozialordnung vorzubeugen, geeignet sind, die Verwirklichung der genannten Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie dazu beitragen müssen, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.

101 EuGH, Rs. C-316/07 u. a. (Markus Stoß u. a.).

Bezug nehmend auf seine bisherige Rechtsprechung führt der EuGH weiter aus:

„(91) Hierzu [zum Kohärenzgebot] hat der Gerichtshof bereits entschieden, dass es Sache jedes Mitgliedstaats ist, zu beurteilen, ob es im Zusammenhang mit den von ihm verfolgten legitimen Zielen erforderlich ist, Tätigkeiten dieser Art vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob es genügt, sie zu beschränken und zu diesem Zweck mehr oder weniger strenge Kontrollformen vorzusehen, wobei die Notwendigkeit und die Verhältnismäßigkeit der erlassenen Maßnahmen allein im Hinblick auf die verfolgten Ziele und das von den betreffenden nationalen Stellen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen sind (vgl. u.a. Urteile Läärä u.a., Randnrn. 35 und 36, Zenatti, Randnrn. 33 und 34, sowie Liga Portuguesa de Futebol Profissional und Bwin International, Randnr. 58).

(92) Er hat ferner entschieden, dass im Rahmen mit dem Vertrag vereinbarere Rechtsvorschriften die Wahl der Bedingungen für die Organisation und die Kontrolle der in der Veranstaltung von und der Teilnahme an Glücks- oder Geldspielen bestehenden Tätigkeiten, wie z. B. der Abschluss eines verwaltungsrechtlichen Konzessionsvertrags mit dem Staat oder die Beschränkung der Veranstaltung von und der Teilnahme an bestimmten Spielen auf ordnungsgemäß dafür zugelassene Orte, Sache der nationalen Stellen im Rahmen ihres Ermessens ist (Urteil Anomar u.a., Randnr. 88).

(93) Der Gerichtshof hat im Übrigen darauf hingewiesen, dass im Bereich der Glücksspiele grundsätzlich gesondert für jede mit den nationalen Rechtsvorschriften auferlegte Beschränkung namentlich zu prüfen ist, ob sie geeignet ist, die Verwirklichung des Ziels oder der Ziele zu gewährleisten, die von dem fraglichen Mitgliedstaat geltend gemacht werden, und ob sie nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels oder dieser Ziele erforderlich ist (Urteil Placanica u.a., Randnr. 49).“

Es wird demnach keine bereichsübergreifende, einheitliche Regelung verlangt, sondern eine den Besonderheiten des jeweiligen Bereichs Rechnung tragende Regelung explizit zugelassen. Daraus folgt:

„(96) Daher kann der Umstand, dass von verschiedenen Arten von Glücksspielen einige einem staatlichen Monopol und andere einer Regelung unterliegen, nach der private Veranstalter eine Erlaubnis benötigen, im Hinblick darauf, dass mit Maßnahmen, die – wie das staatliche Monopol – auf den ersten Blick als am restriktivsten und wirkungsvollsten erscheinen, legitime Ziele verfolgt werden, für sich genommen nicht dazu führen, dass diese Maßnahmen ihre Rechtfertigung verlieren. Derart divergierende rechtliche Regelungen ändern nämlich als solche nichts an der Eignung eines solchen staatlichen Monopols zur Verwirklichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels, Anreize für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen.“

Der *EuGH* verweist damit die mitgliedstaatlichen Gerichte auf eine bereichsspezifische Prüfung der Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit der jeweiligen Regelungen und erteilt einer *formalen* Kohärenzprüfung eine deutliche Absage.¹⁰² Man kann insoweit auch zwischen horizontaler und vertikaler Kohärenz unterscheiden.

Das Gleiche gilt auch für das deutsche Verfassungsrecht. Das Bundesverfassungsgericht hatte bereits in seinem Sportwetten-Urteil vom 28. März 2006 darauf hingewiesen, dass im Hinblick auf das Suchtpotenzial und das Spielerverhalten zwischen den verschiedenen Glücksspielformen unterschieden werden muss.¹⁰³ Bereits dies sprach gegen die Annahme eines alle Bereiche und Formen des Glücksspiels erfassenden Gebots einheitlicher Regelungen. Ausdrücklich bestätigt wird diese Annahme nunmehr durch einen Kammerbeschluss vom 20. März

102 Zu einer Absage an eine bereichsübergreifende Kohärenzprüfung zuvor schon *Haltern*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hrsg.), Glücksspielrecht, 2008, EGV, Rn. 42 ff., Rn. 46: „eher das Gegenteil ist der Fall“.

103 BVerfGE 115, 276 (304 ff.).

2009, in dem das Bundesverfassungsgericht unter Absatz-Nr. 17 ausführt:

„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.“¹⁰⁴

Damit besteht weder unionsrechtlich noch verfassungsrechtlich eine irgendwie geartete „Pflicht“, die Regelungen der verschiedenen Glücksspielbereiche anzugleichen. Vielmehr sind die materiellen Vorgaben maßgeblich, die der EuGH in seinem Urteil vom 8. September 2010 folgendermaßen konkretisiert hat:

„a) Um ein staatliches Monopol auf Sportwetten und Lotterien der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art mit dem Ziel rechtfertigen zu können, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, müssen die betreffenden nationalen Behörden nicht unbedingt in der Lage sein, eine vor Erlass der genannten Maßnahme durchgeführte Untersuchung vorzulegen, die ihre Verhältnismäßigkeit belegt.

b) Der Umstand, dass ein Mitgliedstaat ein solches Monopol einem Erlaubnissystem vorzieht, nach dem privaten Veranstaltern die Ausübung ihrer Tätigkeiten im Rahmen einer Regelung ohne

104 BVerfG (K) v. 20.03.2009, Az. 1 BvR 241/08, Absatz-Nr. 17.

Ausschließlichkeitscharakter gestattet würde, kann dem Erfordernis der Verhältnismäßigkeit genügen, soweit, unter dem Aspekt des Ziels eines hohen Verbraucherschutzniveaus, die Errichtung des Monopols mit der Einführung eines normativen Rahmens einhergeht, der dafür sorgt, dass der Inhaber des Monopols tatsächlich in der Lage sein wird, ein solches Ziel mit einem Angebot, das nach Maßgabe dieses Ziels quantitativ bemessen und qualitativ ausgestaltet ist und einer strikten behördlichen Kontrolle unterliegt, in kohärenter und systematischer Weise zu verfolgen.

c) Der Umstand, dass die zuständigen Behörden eines Mitgliedstaats auf gewisse Schwierigkeiten stoßen könnten, die Beachtung eines solchen Monopols durch im Ausland ansässige Veranstalter von Spielen und Wetten sicherzustellen, die unter Verstoß gegen das Monopol über das Internet Wetten mit Personen im örtlichen Zuständigkeitsbereich dieser Behörden abschließen, ist als solcher nicht dazu angetan, die eventuelle Vereinbarkeit eines solchen Monopols mit den genannten Bestimmungen des Vertrags zu beeinträchtigen.

d) Stellt ein nationales Gericht sowohl fest,

– dass die Werbemaßnahmen des Inhabers eines solchen Monopols für andere, ebenfalls von ihm angebotene Arten von Glücksspielen nicht auf das begrenzt bleiben, was erforderlich ist, um die Verbraucher zum Angebot des Monopolinhabers hinzulenken und sie damit von anderen, nicht genehmigten Zugangskanälen zu Spielen wegzuführen, sondern darauf abzielen, den Spieltrieb der Verbraucher zu fördern und sie zwecks Maximierung der aus den entsprechenden Tätigkeiten erwarteten Einnahmen zu aktiver Teilnahme am Spiel zu stimulieren, als auch,

– dass andere Arten von Glücksspielen von privaten Veranstaltern, die über eine Erlaubnis verfügen, betrieben werden dürfen, als auch,

– dass in Bezug auf andere Arten von Glücksspielen, die nicht unter das Monopol fallen und zudem ein höheres Suchtpotenzial als die dem Monopol unterliegenden Spiele aufweisen, die zuständigen Behörden eine zur Entwicklung und Stimulation der Spiel-tätigkeiten geeignete Politik der Angebotsweiterung betreiben oder dulden, um insbesondere die aus diesen Tätigkeiten fließenden Einnahmen zu maximieren,

so kann es berechtigten Anlass zu der Schlussfolgerung haben, dass ein solches Monopol nicht geeignet ist, die Erreichung des mit seiner Errichtung verfolgten Ziels, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, 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. “

Diese materiellrechtlichen Vorgaben, die um den Kern eines „hohen Verbraucherschutzes“ entwickelt und entfaltet werden, sind also zugleich als der unionsrechtliche Kohärenzmaßstab zu verstehen. Dabei sind die Unterschiede zwischen den verschiedenen Bereichen zu berücksichtigen.

4. *Ersetzungsbefugnisse der Länder in Bezug auf Regelungen zur „Gefahrenabwehr“ im Bereich der gewerblichen Geldgewinnspielgeräte*

Besteht demnach keine unions- oder verfassungsrechtliche Pflicht zur Anpassung der Präventionsmaßnahmen in Spielhallen an die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags, so kommt es entscheidend darauf an, wie weit das Ersetzungsrecht der Länder nach Art. 125a Abs. 1 GG im Einzelnen reicht. Dies ist im Folgenden unter Bezugnahme auf die bestehenden bundesrechtlichen Regelungen zu ermitteln. Zudem ist zu klären, ob die Länder auf Grund der neuen Kompetenzzuweisung auch zu anderen, weiter gehenden Regelungen befugt sind, durch die nicht formal eine bestehende bundesgesetzliche Regelung ersetzt wird.

a) Technische Vorgaben für gewerbliche Geldgewinnspielgeräte

Die technischen Vorgaben für gewerbliche Geldgewinnspielgeräte sind in den §§ 11 ff. SpielV so ausgestaltet, dass sowohl der maximale und der maximal durchschnittliche Verlust als auch der maximale Gewinn pro Stunde beschränkt sind, während dies bei den Glücksspielautomaten, die in Spielbanken, für die der Glücksspielstaatsvertrag zur Anwendung kommt, nicht vorgesehen ist.

Im Einzelnen handelt es sich dabei um folgende Vorgaben:

- Über den Antrag auf Zulassung der Bauart eines Geldspielgerätes im Sinne des § 33c Abs. 1 Satz 1 der Gewerbeordnung entscheidet die Physikalisch-Technische Bundesanstalt (im Benehmen mit dem Bundeskriminalamt).
- Der Antragsteller hat dem Antrag eine Beschreibung des Geldspielgerätes, einen Bauplan, eine Bedienungsanweisung, eine technische Beschreibung der Komponenten sowie ein Mustergehärt beizufügen. Auf Verlangen der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt hat er weitere Unterlagen einzureichen.
- Der Antragsteller hat mit dem Antrag eine schriftliche Erklärung vorzulegen, dass bei dem von ihm zur Prüfung eingereichten Geldspielgerät
 - a) Gewinne in solcher Höhe ausgezahlt werden, dass bei langfristiger Betrachtung kein höherer Betrag als 33 Euro je Stunde als Kasseninhalt verbleibt,
 - b) die Gewinnaussichten zufällig sind und für jeden Spieler gleiche Chancen eröffnet werden,
 - c) bei Beginn einer gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 5 erzwungenen Spielpause alle auf dem Münz- sowie Gewinnspeicher aufgebuchten Beträge bis auf Restbeträge, die in der Summe unter dem Höchsteinsatz gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 1 liegen, automatisch ausgezahlt werden und
 - d) die Möglichkeit vorhanden ist, sämtliche Einsätze, Gewinne und Kasseninhalte für steuerliche Erhebungen zu dokumentieren.

- Die Physikalisch-Technische Bundesanstalt ist berechtigt, weitere Untersuchungen zur Einhaltung der in den Buchstaben a bis d aufgeführten Angaben durchzuführen.
- Die Zulassungsprüfung wird in der Regel in der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt in Berlin durchgeführt, sie kann in Ausnahmefällen am Herstellungs-, Lieferungs- und Aufstellungs-ort des Spielgerätes erfolgen.
- Die Physikalisch-Technische Bundesanstalt darf die Bauart eines Geldspielgerätes nur zulassen, wenn folgende Anforderungen erfüllt sind:
 1. Die Mindestspieldauer beträgt fünf Sekunden; dabei darf der Einsatz 0,20 Euro nicht übersteigen und der Gewinn höchstens 2 Euro betragen.
 2. Bei einer Verlängerung des Abstandes zwischen zwei Einsatzleistungen über fünf Sekunden hinaus bis zu einer Obergrenze von 75 Sekunden darf der Einsatz um höchstens 0,03 Euro je volle Sekunde erhöht werden; bei einer Verlängerung des Abstandes zwischen zwei Gewinnauszahlungen über fünf Sekunden hinaus bis zu einer Obergrenze von 75 Sekunden darf der Gewinn um höchstens 0,30 Euro je volle Sekunde erhöht werden. Darüber hinausgehende Erhöhungen von Einsatz und Gewinn sind ausgeschlossen.
 3. Die Summe der Verluste (Einsätze abzüglich Gewinne) darf im Verlauf einer Stunde 80 Euro nicht übersteigen.
 4. Die Summe der Gewinne abzüglich der Einsätze darf im Verlauf einer Stunde 500 Euro nicht übersteigen.
 5. Nach einer Stunde Spielbetrieb muss das Spielgerät eine Spielpause von mindestens fünf Minuten einlegen, in der keine Einsätze angenommen und Gewinne gewährt werden. Der Beginn der Spielpause darf sich so lange verzögern, wie Gewinne die Einsätze deutlich übersteigen.
 6. Die Speicherung von Geldbeträgen in Einsatz- und Gewinnspeichern ist bei Geldannahme vom Spieler in der Summe auf 25 Euro begrenzt. Höhere Beträge werden unmittelbar nach der Aufbuchung automatisch ausgezahlt. Es ist eine

Bedienvorrichtung für den Spieler vorhanden, mit der er vorab einstellen kann, ob aufgebuchte Beträge unbeeinflusst zum Einsatz gelangen oder jeder einzelne Einsatz durch Betätigung geleistet wird. Darüber hinaus gibt es eine nicht sperrbare Bedienvorrichtung zur Auszahlung, mit der der Spieler uneingeschränkt über die aufgebuchten Beträge, die in der Summe größer oder gleich dem Höchsteinsatz gemäß Nummer 1 sind, verfügen kann.

7. Der Spielbetrieb darf nur mit auf Euro lautenden Münzen und Banknoten und nur unmittelbar am Spielgerät erfolgen.

8. Das Spielgerät beinhaltet eine Kontrolleinrichtung, die sämtliche Einsätze, Gewinne und den Kasseneinhalt zeitgerecht, unmittelbar und auslesbar erfasst. Die Kontrolleinrichtung gewährleistet die in den Nummern 1 bis 5 Satz 1 aufgeführten Begrenzungen.

9. Das Spielgerät und seine Komponenten müssen der Funktion entsprechend nach Maßgabe des Standes der Technik zuverlässig und gegen Veränderungen gesichert gebaut sein.

10. Das Spielgerät muss so gebaut sein, dass die Übereinstimmung der Nachbaugeräte mit der zugelassenen Bauart überprüft werden kann.

- Die Zulassung der Bauart eines Geldspielgerätes wird durch die Physikalisch-Technische Bundesanstalt bekannt gemacht. Das Gleiche gilt, wenn eine Bauartzulassung geändert, zurückgenommen oder widerrufen wurde.

Bei diesen Regelungen fehlt es an jeglichen räumlichen und regionalen Bezug mit der Folge, dass insoweit ein Zugriffsrecht der Länder nach Art. 125a Abs. 1 GG i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nicht besteht.

b) Raumbezogene Anforderungen an Spielhallen

In der SpielV werden an mehreren Stellen Anforderungen an die räumliche Aufstellung der Geldgewinnspielgeräte gestellt. Dabei handelt es sich insbesondere um die folgenden Regelungen:

In § 1 SpielV:

(1) Ein Spielgerät, bei dem der Gewinn in Geld besteht (Geldspielgerät), darf nur aufgestellt werden in

1. Räumen von Schank- oder Speisewirtschaften, in denen Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden oder in Beherbergungsbetrieben,
2. Spielhallen oder ähnlichen Unternehmen oder
3. Wettannahmestellen der konzessionierten Buchmacher.

(2) Ein Geldspielgerät darf nicht aufgestellt werden in

1. Betrieben auf Volksfesten, Schützenfesten oder ähnlichen Veranstaltungen, Jahrmärkten oder Spezialmärkten,
2. Trinkhallen, Speiseeiswirtschaften, Milchstuben oder
3. Schank- oder Speisewirtschaften oder Beherbergungsbetrieben, die sich auf Sportplätzen, in Sporthallen, Tanzschulen, Badeanstalten, Sport- oder Jugendheimen oder Jugendherbergen befinden oder in anderen Schank- oder Speisewirtschaften oder Beherbergungsbetrieben, die ihrer Art nach oder tatsächlich vorwiegend von Kindern oder Jugendlichen besucht werden.

In § 2 SpielV:

Ein Spielgerät, bei dem der Gewinn in Waren besteht (Warenspielgerät), darf nur aufgestellt werden

1. in Räumen von Schank- oder Speisewirtschaften, in denen Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle

verabreicht werden oder in Beherbergungsbetrieben mit Ausnahme der in § 1 Abs. 2 Nr. 2 und 3 genannten Betriebe,

2. in Spielhallen oder ähnlichen Unternehmen,
3. in Wettannahmestellen der konzessionierten Buchmacher oder
4. auf Volksfesten, Schützenfesten oder ähnlichen Veranstaltungen, Jahrmärkten oder Spezialmärkten.

In § 3 SpielV:

(1) In Schankwirtschaften, Speisewirtschaften, Beherbergungsbetrieben und Wettannahmestellen der konzessionierten Buchmacher dürfen höchstens drei Geld- oder Warenspielgeräte aufgestellt werden. Der Gewerbetreibende hat bei bis zu zwei aufgestellten Geräten durch eine ständige Aufsicht, bei drei aufgestellten Geräten durch zusätzliche technische Sicherungsmaßnahmen an den Geräten die Einhaltung von § 6 Abs. 2 des Jugendschutzgesetzes sicherzustellen. Die Zahl der Warenspielgeräte, die auf Volksfesten, Schützenfesten oder ähnlichen Veranstaltungen, Jahrmärkten oder Spezialmärkten aufgestellt werden dürfen, ist nicht beschränkt.

(2) In Spielhallen oder ähnlichen Unternehmen darf je 12 Quadratmeter Grundfläche höchstens ein Geld- oder Warenspielgerät aufgestellt werden; die Gesamtzahl darf jedoch zwölf Geräte nicht übersteigen. Der Aufsteller hat die Geräte einzeln oder in einer Gruppe mit jeweils höchstens zwei Geräten in einem Abstand von mindestens 1 Meter aufzustellen, getrennt durch eine Sichtblende in einer Tiefe von mindestens 0,80 Meter, gemessen von der Gerätefront in Höhe mindestens der Geräteoberkante. Bei der Berechnung der Grundfläche bleiben Nebenräume wie Abstellräume, Flure, Toiletten, Vorräume und Treppen außer Ansatz.

(3) In Spielhallen oder ähnlichen Unternehmen, in denen alkoholische Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden, dürfen höchstens drei Geld- oder Warenspielgeräte aufgestellt werden.“

Ob für diese Regelungen ein Ersetzungsrecht der Landesgesetzgeber besteht, hängt in erster Linie davon ab, ob es sich dabei um Vorgaben handelt, die in einem direkten sachlichen Zusammenhang zu den Geräten bestehen oder ob die „Raumgestaltung“ mit lokalem bzw. örtlichem Bezug im Vordergrund steht. Die Antwort kann nur für die einzelnen Regelungen gegeben werden.

(1) Festlegung der Aufstellorte

In § 1 SpielV werden die Orte bestimmt, an denen die Aufstellung von Geldspielgeräten zulässig (Absatz 1) bzw. unzulässig (Absatz 2) ist. Die Spielhallen werden in Absatz 1 Nr. 2 zusammen mit den „ähnlichen Unternehmen“ aufgeführt.

Der Wortlaut spricht *prima facie* dafür, dass ein Ersetzungsrecht der Länder insoweit nicht besteht, da ihnen lediglich die Regelung der Spielhallen zusteht. Da eine Spielhalle zu einer solchen erst wird, wenn dort (unter anderem) Geldspielgeräte aufgestellt werden, scheint nach dem Wortsinn eine Regelungsbefugnis der Länder zu den Aufstellorten ausgeschlossen.

Der Wortlaut ermöglicht aber auch eine Interpretation, bei der die Gesetzgebungskompetenz der Länder so verstanden wird, dass es ihnen zusteht zu bestimmen, wo Geldspielgeräte aufgestellt werden dürfen und deshalb eine „Spielhalle“ besteht. In diesem Falle wäre der Kompetenztitel „Spielhalle“ weiter gefasst als der bisherige Spielhallenbegriff des § 33i GewO. Er würde sich auf alle Orte beziehen, in denen außerhalb von Spielbanken Geldspielgeräte aufgestellt werden dürfen. Spielhallen in diesem Sinne wären demnach auch die Gaststätten und die weiteren in § 1 Abs. 1 SpielV angeführten Aufstellorte.

Für ein solches Verständnis könnten auch systematische und teleologische Überlegungen angeführt werden. Aus systematischer Perspektive würde eine Beschränkung der Regelungsbefugnis auf die „reinen“ Spielhallen jedoch eine wenig sinnvolle Aufsplittung zur Folge haben. Der Bundesgesetzgeber wäre dann weiterhin für die Zulassung der Aufstellungsmodalitäten außerhalb von Spielhallen zuständig, während die Länder diese für die Spielhallen zu regeln hätten. Dies wäre auch teleologisch wenig sinnvoll, da nur durch eine Regelung aus „einer Hand“ eine sinnvolle Gesamtsteuerung möglich ist. Da den Ländern auch das Recht zur Regelung der Gaststätten zusteht, käme es auch insoweit nicht zu Kompetenzkonflikten.¹⁰⁵

Ebenfalls aus systematischen und teleologischen Gründen lassen sich aber auch Einwände gegen eine solche Auslegung ableiten. Diese folgen daraus, dass die Festlegungen hinsichtlich der Aufstellorte sowie der Gerätezahl sehr eng mit der technischen Gestaltung der Geräte verbunden ist, für die unzweifelhaft weiter der Bund zuständig ist.¹⁰⁶ Es ist nicht widerspruchsfrei möglich, dass die Länder insoweit Vorschriften erlassen, die mit den technischen Eigenheiten der Geräte, die der Bund vorgibt, nicht in Einklang stehen.

Deshalb müssen insoweit auch unter dem Gesichtspunkt der Widerspruchsfreiheit die Gründe für eine Ersetzungsbefugnis der Länder hinter den Argumenten, die gegen eine solche Erweiterung sprechen, zurückstehen.

(2) Aufstellungsmodalitäten

In § 3 SpielV werden die Modalitäten der Aufstellung von Geld- und Warenspielgeräten geregelt. Auch dabei handelt es sich um Vorgaben, die den *räumlichen* Charakter prägen und deshalb *prima facie* dem Recht der Spielhallen zuzuordnen sind. Man könnte deshalb davon

105 Ein Konflikt besteht aber in Bezug auf das Verbot des Alkoholausschanks in Spielhallen.

106 Schönleiter, GewArch 2006, 371 ff.

ausgehen, dass die Länder berechtigt sind, die Aufstellungsmodalitäten für *sämtliche* Aufstellungsorte zu regeln.

Dagegen spricht indes, dass auch insoweit der enge Zusammenhang zwischen den Vorgaben für die technische Gestaltung der Geräte und den Aufstellungsmodalitäten nicht ohne die Gefahr eines Widerspruchs aufgehoben werden kann. Deshalb besteht auch für § 3 SpielV keine Ersetzungsbefugnis der Länder.

c) Anforderungen an Betreiber und Personal

Fraglich ist, ob von der Regelungsbefugnis der Länder auch die Statuierung von Anforderungen an die Betreiber und deren Personal umfasst wird. Derartige Anforderungen folgen bereits aus § 33c GewO für den gesamten Bereich der Aufstellung von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit, so dass diese vom Recht der Spielhallen nicht erfasst sein könnten. Es ist aber nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass für die Betreiber von Spielhallen weitere Anforderungen gestellt werden. Deshalb ist davon auszugehen, dass die Länder berechtigt sind, über § 33c GewO hinausgehende Anforderungen an den Betreiber und das Personal zu regeln, soweit diese sich spezifisch auf den Betrieb von Spielhallen beziehen. Die Anforderungen des § 33c GewO sind dabei als Mindeststandard vorgegeben und entsprechend zu beachten. Es besteht insoweit keine Ersetzungs-, sondern eine Befugnis zum Erlass von ergänzenden Regelungen, z.B. erhöhte Anforderungen an die Zuverlässigkeit bzw. den Sachkundenachweis und/oder Schulungen zum Zwecke eines erhöhten Spielerschutzes.

d) Allgemeiner Erlaubnisvorbehalt

Denkbar erscheint eine Ersetzungsbefugnis der Länder in Bezug auf den aktuellen § 33i GewO, da die diesem zugrunde liegende Regelungsbefugnis nach dem Ergebnis der historischen Auslegung in die Zuständigkeit der Länder verlagert werden sollte. Eine solche eins-zu-

eins Regelung mit kleinen Variationen ist demnach – vorbehaltlich materiellrechtlicher Fragen¹⁰⁷ – von der Ersetzungsbefugnis gedeckt.

Landesrechtliche Regelung durch Gesetz bzw. Rechtsverordnung sind damit insbesondere möglich

- zu den Anforderungen an die Beschaffenheit und die Lage der für eine Spielhalle genutzten Räume,¹⁰⁸
- zum Jugendschutz, soweit dieser¹⁰⁹ nicht abschließend bundesgesetzlich geregelt¹¹⁰ ist sowie
- zum sonstigen, insbesondere emissionsbezogenen Drittschutz.¹¹¹

Die Länder sind dabei insbesondere bei der Bestimmung von Grenzwerten nicht an die bisherigen Regelungen gebunden.

Soweit in § 33i GewO auch die „ähnlichen Unternehmen“ mit erfasst werden, ist im Rahmen der Auslegung davon auszugehen, dass aus Gründen der Wirksamkeit der durch die Länder zu treffenden Regelungen, insbesondere zur Vermeidung von Umgehungen, auch ihre Gesetzgebungsbefugnis diesen sachlich „angrenzenden“ Bereich mit erfasst. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hatte nicht die Absicht, durch die Verwendung nur des Wortes Spielhallen, die „ähnlichen Unternehmen“ auszuschließen.¹¹² Es wäre im Gegenteil sprachästhetisch verwunderlich gewesen, wenn den Ländern eine Gesetzgebungsbefugnis für das „Recht der Spielhallen und ähnlicher Unternehmen“

107 Dazu näher *Schneider*, (Fn. 8), S. 54 ff.

108 Dazu gehören u. a. Mindestgrößen, Baumaterialien, Sicherheitsanforderungen, Abstandsregelungen zu Kirchen und Schulen etc.

109 Dazu gehören insbesondere Kontrollen.

110 Damit ist das Jugendschutzgesetz angesprochen, das in § 6 eine Regelung in Bezug auf Spielhallen trifft.

111 Das betrifft u. a. die Öffnungszeiten, die bereits jetzt von den Ländern mittels Sperrzeitverordnungen geregelt werden sowie die Lärmschutzanforderungen.

112 *Schneider*, (Fn. 8), S. 28 ff.

zugewiesen worden wäre. Die Bezugnahme auf Spielhallen erfolgte vielmehr mit der Absicht, den gesamten Regelungsbereich des § 33i GewO zu übertragen, zu dem auch die ähnlichen Unternehmen gehören.

Dritter Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen

Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung lassen sich damit in folgenden Thesen zusammenfassen:

1. Bei der Herausnahme des Rechts der Spielhallen aus der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes und der Zuweisung an die Länder hat der verfassungsändernde Gesetzgeber auf die in § 33i GewO bestehende Regelung sachlich Bezug genommen.
2. Das ist bei der Auslegung des Kompetenztitels insbesondere bei einer abweichenden Regelung auf der Grundlage des Art. 125a Abs. 1 GG zu berücksichtigen, ohne dass darin eine unzulässige gesetzeskonforme Verfassungsinterpretation zu sehen ist.
3. Aus den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich die Bezugnahme auf die „örtliche Radizierung“ der den Ländern zugewiesenen Materien als leitender Gesichtspunkt ableiten. Auch dies ist bei der Bestimmung der sachlichen Reichweite der Ersetzungsbefugnis der Länder zu beachten.
4. Als weitere Schranke für die Gesetzgebungsbefugnis der Länder ist die Widerspruchsfreiheit zu den vom Bund erlassenen Regelungen über die Gestaltung der Geldgewinnspielgeräte zu berücksichtigen, die sich u. a. auf die Modalitäten der Aufstellung und der Raumgestaltung auswirken.
5. Damit ist eine umfassende Neuregelung des Rechts der Spielhallen unter Berufung auf eine ordnungsrechtliche Gesetzgebungskompetenz durch die Länder ebenfalls ausgeschlossen.

Anlage 1

Stand: 09.09.2010

UMSÄTZE* AUF DEM GLÜCKS- UND GEWINNSPIELMARKT
(in Mio. Euro)

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
Deutscher Lotto- und Totoblock									
Zahlenlotto	5.646,1	5.308,6	5.342,2	5.381,3	4.987,3	5.020,2	4.974,6	4.387,4	4.499,7
Extralotto	/	/	/	/	78,7	/	/	4.387,4	4.499,7
Fußballotto	103,3	94,9	98,8	93,2	78,4	64,5	78,1	49,8	36,3
Oddsset	513,0	541,2	463,5	481,5	431,8	342,3	276,3	207,8	184,5
RennQuintett	0,6	0,7	0,5	0,0	/	/	/	/	/
Spiel 77	958,1	1.043,7	1.046,5	1.071,0	993,8	991,0	991,0	877,1	891,5
Super 6	647,4	733,1	736,2	756,6	702,0	709,5	705,1	621,0	636,3
GlücksSpirale	285,6	244,9	234,1	220,2	198,6	194,5	189,7	200,7	248,2
Rubbel- und Sofortlotterien	258,9	269,3	261,0	245,3	222,5	228,2	0,0	209,5	227,2
Bingo	67,3	74,6	72,8	81,0	64,2	58,2	0,0	48,6	52,2
Keno	/	/	/	96,9	276,0	256,7	225,1	171,3	157,9
Plus 5	/	/	/	12,1	31,2	28,0	24,0	18,1	16,6
Gesamt	8.480,3	8.311,0	8.255,6	8.439,1	8.064,5	7.900,2	7.463,9	6.791,3	7.002,6
Klassenlotterie									
Nordwestdeutsche	667,0	558,3	523,3	549,7	493,8	470,8	435,7	317,5	269,7
Süddeutsche	816,5	777,8	760,7	827,2	831,7	722,5	636,6	470,0	311,0
Gesamt	1.483,5	1.336,1	1.284,0	1.376,9	1.325,5	1.193,3	1.072,3	787,5	580,7
Fernsehlotterien									
ARD Fernsehlotterie	96,6	107,4	101,9	145,5	168,0	182,0	165,6	177,9	182,6
ZDF Aktion Mensch	314,8	320,2	337,8	396,7	410,8	435,1	435,3	451,2	447,6
Umweltlotterie "Unsere Welt"	/	/	0,9	1,4	/	/	/	/	/
Gesamt	411,4	427,6	440,6	543,6	578,8	617,1	600,9	629,1	630,2
Sparkasse / Bank									
PS-Sparen	315,6	296,0	326,4	302,8	309,0	293,7	287,8	280,5	273,5
Gewinnsparen	146,6	147,2	153,4	165,3	175,2	185,3	192,4	189,2	195,8
Gesamt	462,2	443,2	479,8	468,1	484,7	479,0	480,2	469,7	469,3
Pferdewetten									
Galopper (Totalisator)	109,9	102,8	80,9	64,5	59,4	51,1	48,2	39,2	37,4
Traber (Totalisator)	146,7	121,1	101,7	78,7	65,1	46,4	33,9	25,4	28,6
Buchmacher	11,7	7,2	6,7	4,4	2,5	1,3	0,0	0,0	0,0
Gesamt	268,3	231,1	189,3	147,6	127,0	98,8	82,1	64,6	66,0
GESAMTUMSATZ	11.105,7	10.749,0	10.649,3	10.975,3	10.580,5	10.288,4	9.699,4	8.742,2	8.748,8
Spielbanken (Bruttospielerträge)	998,0	981,2	966,8	955,8	951,8	940,3	923,2	722,6	617,6
Geldspielerträge (Kassen)	2.260,0	2.330,0	2.350,0	2.330,0	2.350,0	2.350,0	3.050,0	3.250,0	3.340,0

* Die Archiv- und Informationsstelle benutzt den Begriff
Umsätze für Einsätze.

Quellen: (1) Archiv- und Informationsstelle der deutschen Lotto- und Toto-Unternehmen
(2) Deutsche Hauptstelle für Suchtfragen e.V.; Jahrbuch Sucht, 10d. Jahrgänge
(3) Ifo-Institut für Wirtschaftsforschung, München

Anlage 2

Stand: 10.05.2010

BRUTTOSPIELERTRÄGE / KASSEN
auf dem deutschen Glücks- und Gewinnspielmarkt
in Mrd. €

SPIELANGEBOT	2008	2009
GGSG	3,25	3,34
Spielbanken	0,7226	0,6176
Lotto- u. Totoblock	3,267 (Quote: 50 %)	3,50 (Quote: 50 %)
Klassenlotterien	0,37 (Quote: 47 %)	0,273 (Quote: 47 %)
Fernsehlottorien	0,472 (Quote: 75 %)	0,473 (Quote: 75 %)
PS-Sparen/Gewinnsparen	0,14 (Quote: 30 %)	0,141 (Quote: 30 %)
Pferdewetten	0,016 (Quote: 25 %)	0,0165 (Quote: 25 %)
SUMME	8,24 Mrd. Euro	8,36 Mrd. Euro

Quelle: (1) Archiv- und Informationsstelle der Lotto- und Totounternehmen
(2) Stiftung Warentest
(3) Eigene Berechnungen

Anlage 3

Pressemitteilungen**10.07.2008****Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung
untersucht Glücksspielverhalten****Ergebnisse einer bundesweiten Befragung
durch die BZgA vorgestellt**

In einer bundesweiten Repräsentativbefragung hat die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA) 10.001 Bundesbürger im Alter von 16 bis 65 Jahren zu ihrem Glücksspielverhalten befragt. Die Studie bildet den Ausgangspunkt für die Beobachtung der Entwicklung des Glücksspielverhaltens in Deutschland und soll durch weitere Befragungen in den kommenden Jahren Auskunft über die Wirksamkeit von Maßnahmen zur Verhinderung von Glücksspielsucht geben.

Die Studienergebnisse zeigen, dass die Teilnahme an Glücksspielen um Geld in der Allgemeinbevölkerung weit verbreitet ist. Etwas mehr als die Hälfte der Befragten (55 %) hat in den letzten 12 Monaten vor der Befragung ein oder mehr Glücksspiele gespielt, dabei ist die Teilnahme am Glücksspiel bei den Männern (60 %) höher als bei den Frauen (50 %). Am weitesten verbreitet ist die Teilnahme an den Zahlenlotterien 6 aus 49, Super 6 und Spiel 77. Mehr als ein Drittel der Befragten (36 %; von den Männern 40 % und von den Frauen 31 %) haben in den vergangenen 12 Monaten 6 aus 49 gespielt, mehr als ein Viertel von allen Befragten (28 %; von den Männern 32 % und von den Frauen 25 %) hat sein Glück beim Spiel 77 oder Super 6 versucht.

Nicht alle Teilnehmenden an Glücksspielen können mit den Glücksspielangeboten verantwortungsvoll umgehen. Für einige sind die Verlockungen des Glücksspielens so groß, dass sie schließlich ihr Spielverhalten nicht mehr unter Kontrolle haben und sie eine Sucht nach Glücksspielen entwickeln.

Die Ergebnisse lassen vermuten, dass das Glücksspielverhalten von rund 0,2 % der Befragten als äußerst kritisch einzustufen ist und bei diesem Personenkreis eine Glücksspielsucht vorliegt. Umgerechnet auf die Bevölkerung ist damit von etwa 100.000 Glücksspielsüchtigen auszugehen. Weitere 0,4 % in der Untersuchungsgruppe – dies sind umgerechnet etwa weitere 225.000 Glücksspieler – in Deutschland weisen ein Glücksspielverhalten auf, das als problematisch betrachtet werden muss und möglicherweise in ein krankhaftes Glücksspielverhalten führen kann.

Dabei weisen die einzelnen Glücksspielangebote für diejenigen, deren Glücksspielverhalten als unproblematisch zu bezeichnen ist, im Vergleich zu denjenigen, die als glücksspielsüchtig eingestuft werden müssen, eine deutlich unterschiedliche Anziehungskraft auf. Die größten Unterschiede finden sich im Bereich der Sportwetten, beim kleinen Spiel in Spielbanken (Glücksspielautomaten), Glücksspielen im Internet und bei Geldspielgeräten. So ist zum Beispiel die Wahrscheinlichkeit, dass ein problematischer oder pathologischer Glücksspieler in den letzten 12 Monaten an Geldspielgeräten gespielt oder am kleinen Spiel in Spielbanken teilgenommen hat um das 9-fache höher als für Personen, deren Glücksspielverhalten unproblematisch ist.

„Im Vergleich zu anderen Suchterkrankungen sind von pathologischer Glücksspielsucht bisher nur relativ wenige Personen betroffen“, stellt Professor Dr. Elisabeth Pott, Direktorin der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung, fest. „Dies soll nach Möglichkeit auch in Zukunft so bleiben. Durch die Intensivierung der Maßnahmen zur Prävention von Glücksspielsucht kann erreicht werden, dass sich Glücksspielsucht in der Bevölkerung nicht weiter ausbreitet. Zusätzliche Anstrengungen sind hier sicher notwendig. Denn neben dem bereits bekannten hohen Gefährdungspotenzial von Geldspielgeräten und Glücksspielautomaten sind insbesondere die Ausbreitung des Pokerspielens und die Zunahme der Glücksspielangebote im Internet mit großer Sorge zu registrieren. Von diesen Angeboten werden

in nicht unerheblichem Maße auch Jugendliche angezogen, die nach dem Jugendschutz keinen Zugang zu Glücksspielangeboten haben dürfen“, so Frau Professor Pott weiter.

Um Maßnahmen zur Vermeidung von Glücksspielsucht neben den regionalen Angeboten bundesweit zu verstärken und zu intensivieren, sind der Deutsche Lotto- und Totoblock (DLTB) und die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA) eine Kooperation eingegangen, in deren Rahmen auch diese Untersuchung durchgeführt wurde. Neben der Möglichkeit zur telefonischen Beratung zum Thema Glücksspielsucht unter der kostenlosen Nummer 0800 1 37 27 00 oder dem umfangreichen Informations- und Beratungsangebot im Internet unter www.spielen-mit-verantwortung.de bietet die BZgA im Rahmen dieser Kooperation auch schriftliche Informationsmaterialien an, die kostenlos unter www.bzga.de zu bestellen sind. Mit einer Anzeigenkampagne wird ab dem Herbst die Bevölkerung über die Folgen problematischen Glücksspielverhaltens und die Hilfeangebote informiert.

Im Rahmen der Föderalismusreform I wurde die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen vom Bund auf die Länder verlagert. Da es sich dabei um einen kleinen Ausschnitt der weiter gefassten Gesetzgebungsmaterie für das gewerbliche Spielrecht der §§ 33c bis 33i GewO handelt, erweist sich die genaue Bestimmung der Reichweite der den Ländern

zustehenden Regelungsbefugnisse als schwierig. Die Untersuchung geht diesem Spannungsverhältnis in der konkurrierenden Gesetzgebung nach und berücksichtigt dabei auch die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des EuGH zu den Anforderungen an eine kohärente Gesetzgebung.

