

Schriftleitung

Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer

Herausgeber

- Dr. *Elke Luise Barnstedt*, Vizepräsidentin des Karlsruher Instituts für Technologie, Karlsruhe
 Dr. *Arthur Benz*, Univ.-Prof. an der Technischen Universität Darmstadt
 Dr. *Willi Blümel*, em. Univ.-Prof. an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften, Speyer
 Dr. *Siegfried Broß*, Richter des Bundesverfassungsgerichts a. D., Karlsruhe, Honorarprofessor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
 Dr. *Jürgen Fluck*, Rechtsanwalt, Ludwigshafen
 Dr. *Klaus König*, Ministerialdirektor a. D., em. Univ.-Prof. an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften, Speyer
 Dr. *Hans-Werner Laubinger*, M.C.L., em. Univ.-Prof. an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz
 Dr. *Rainer Pietzner*, Richter am Bundesverwaltungsgericht a. D., Honorarprofessor an der Humboldt-Universität zu Berlin
 Dr. *Michael Ronellenfitsch*, Univ.-Prof. an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen
 Dr. *Wolf-Rüdiger Schenke*, em. Univ.-Prof. an der Universität Mannheim
 Dr. *Jan Ziekow*, Univ.-Prof. an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Inhalt

Abhandlungen

- Regionalisierung im Glücksspielrecht – Zur Zulässigkeit der räumlichen Beschränkung von Erlaubnissen
 Von Univ.-Prof. Dr. *Matthias Rossi*, Augsburg 283
- Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren: Chancen und Grenzen am Beispiel des Planvereinheitlichungsgesetzes
 Von Univ.-Prof. Dr. *Anja Seibert-Fohr* LL.M. (GWU) 311
- Aktuelle Entwicklungen im Informationszugangsrecht – erreicht »Open Data« den Gesetzgeber?
 Von Dr. *Sönke E. Schulz*, Kiel 327
- »Kita-Plätze hat man zu haben!« – Vom Primäranspruch auf Förderung in einer Kindertageseinrichtung oder in Kindertagespflege (§ 24 SGB VIII n. F.) zum Sekundäranspruch auf Schadensersatz statt der Leistung analog § 311 a Abs. 2 bzw. § 280 Abs. 1, § 283 oder § 280 Abs. 1 u. 3, § 281 BGB
 Von Dr. *Karl-Georg Mayer*, Vorsitzender Richter am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof . . . 344
- Meeresfreiheit und aquitoriale Ordnung. Zur Entwicklung des Seerechts
 Von Prof. Dr. Dr. h.c. *Peter Ehlers*, Präsident des Bundesamtes für Seeschifffahrt und Hydrographie a. D. 406
- Was sind administrative Konzepte? – Eine Phänomenbetrachtung aus rechtlicher Perspektive
 Von Dr. *Karsten Herzmann*, Gießen 429

Regionalisierung im Glücksspielrecht

– Zur Zulässigkeit der räumlichen Beschränkung von Erlaubnissen –

Von Univ.-Prof. Dr. *Matthias Rossi*, Augsburg*

- | | |
|-----------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Rechtlich bewirkte Regionalisierung | 284 |
| 1. Repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt | 284 |
| 2. Räumliche Beschränkung und Notwendigkeit paralleler Erlaubnisse | 285 |
| 3. Gebündeltes Verfahren zur Erteilung von Vermittlungserlaubnissen | 285 |
| 4. Befristung, Widerruflichkeit und sonstige Nebenbestimmungen | 285 |
| 5. Zusammenschau | 286 |
| II. Prognostizierbare Folgen | 286 |
| 1. Parzellierung des bundesweiten Marktes | 287 |
| 2. Verhinderung eines Provisionswettbewerbs | 287 |
| 3. Aufwändige technische Anforderungen | 287 |
| 4. Verfahrensrechtliche Konsequenzen | 288 |
| 5. Fehlender Anreiz zum Freiheitsgebrauch | 288 |
| III. Umgehung wettbewerbsrechtlicher Vorgaben | 288 |
| 1. Festgestellte Wettbewerbsverstöße | 289 |
| 2. Fortgesetzte Wettbewerbsverstöße | 290 |
| a) Unternehmensadressierte Vorgaben | 290 |
| b) Vorgaben für die Mitgliedstaaten | 290 |
| IV. Räumliche Beschränkung als Kompetenzmissbrauch? | 291 |
| 1. Zulässigkeit paralleler Kompetenzausübung | 292 |
| a) Zweigliedrigkeit des Bundestaates | 292 |
| b) Kompetitiver Föderalismus | 293 |
| 2. Missbrauch der Kompetenzausübung | 294 |
| a) Wettbewerbsrecht und Ordnungsrecht | 294 |
| b) Bundes- und rechtsstaatlich begründeter Maßstab | 295 |
| c) Unterlassene Abstimmung mit dem Bund | 296 |
| V. Räumliche Beschränkung als Beeinträchtigung von Freiheitsrechten | 298 |
| 1. Vermittlung von Glücksspiel als Dienstleistung und Beruf | 298 |
| 2. Räumliche Beschränkung als Beeinträchtigung | 299 |
| VI. Grenzen des politischen Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten | 300 |
| 1. Irrelevanz fiskalischer Zielsetzungen | 300 |
| 2. Unbestimmtheit der Erlaubnisvorschrift | 302 |
| 3. Unverhältnismäßigkeit | 303 |
| a) Präzisierung des Maßstabs | 303 |
| b) Abwägungsrelevante Zielsetzungen | 304 |
| c) Fehlende Eignung | 305 |
| d) Freiheits- und wettbewerbssichernde Alternativen | 306 |
| e) Angemessenheit | 308 |
| VII. Schlussbemerkung | 310 |

* Der Beitrag geht auf ein Gutachten zurück, das der Verfasser im Herbst 2012 für den Deutschen Lottverband e. V. erstellt hat.

I. Rechtlich bewirkte Regionalisierung

Seit dem 1. 7. 2012 ist die Neufassung des Glücksspielstaatsvertrags in vierzehn Ländern in Kraft (i.F. GlüStV n. F.).¹ Er stellt eine Reaktion der Bundesländer auf die Urteile des EuGH vom 8. 9. 2010 zum deutschen Glücksspielrecht dar.² Ergänzt durch zahlreiche und noch nicht in allen Bundesländern verabschiedete Ausführungsgesetze,³ bildet der GlüStV n. F. die maßgebliche Rechtsgrundlage für die Veranstaltung, die Durchführung und die Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen.⁴ Er determiniert damit zugleich maßgeblich die Grenze zur Strafbarkeit, denn auch unter dem GlüStV n. F. bleibt die unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels nach § 284 StGB, bleibt insbesondere auch die unerlaubte Veranstaltung einer Lotterie nach § 287 StGB strafbar und kann mit einer Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren geahndet werden.

Als maßgebliche Rechtsgrundlage für das Glücksspielrecht enthält der GlüStV n. F. auch zahlreiche Bestimmungen für die gewerbliche Spielvermittlung. Diese Vorgaben sind nicht klar und deutlich in einer Norm zusammengefasst, sondern verteilen sich auf verschiedene Paragraphen. Er schwer wird die bloße Erfassung der Rechtslage dadurch, dass § 28 GlüStV n. F. die Länder zum Erlass von Ausführungsgesetzen ermächtigt. Sie können auch weitergehende Anforderungen, insbesondere zu den Voraussetzungen des Veranstaltens und Vermitteln von Glücksspielen festlegen, so dass sich die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Vermittlung von Glücksspiel trotz des GlüStV n. F. von Bundesland zu Bundesland unterscheiden. Gleichwohl kann folgendes Regelungsregime festgehalten werden:

1. Repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt

Ausgangspunkt ist ein grundsätzliches Verbot der Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen. Ohne eine Erlaubnis der zuständigen Behörde des jeweiligen Landes dürfen gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GlüStV n. F. Glücksspiele nicht vermittelt werden. Dasselbe Grundsatz-Ausnahme-Verhältnis gilt gemäß § 4 Abs. 4 GlüStV n. F. für die Online-Vermittlung. In all diesen Fällen spricht das Gesetz in euphemistischer Weise von Erlaubnissen, obwohl sämtliche Genehmigungsvorbehalte als repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt ausgestaltet sind.⁵

1 Verkündet als Art. 1 Erster Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag – Erster GlüÄndStV), in Bayern verkündet in BayGVBl I 217. Zu einem ersten kritischen Überblick vgl. Koenig/Bovelet-Schober, ZfWG 2012, 164; Mintas, CaS 2012, 214; Hecker, WRP 2012, 523 ff.

2 EuGH, Urt. v. 8. 9. 2010, Rs. C-316/07 (Stoß); EuGH, Urt. v. 8. 9. 2010, Rs. C- 46/08 (Carmen Media Group); EuGH, Urt. v. 8. 9. 2010, Rs. C-409/05 (Winner Wetten).

3 Vgl. die Übersicht der Forschungsstelle Glücksspiel der Universität Hohenheim: <https://gluecks-spiel.uni-hohenheim.de/spielhallengesetz>.

4 Vgl. zum Anwendungsbereich § 2 GlüStV n. F.

5 Dies ergibt sich schon aus der Systematik und dem Wortlaut des § 4 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 sowie aus § 4 Abs. 2 Satz 1 GlüStV n. F.; zusätzlich betont § 4 Abs. 2 Satz 3 GlüStV n. F. ausdrücklich, dass auf die Erteilung der Erlaubnis kein Rechtsanspruch besteht. Vgl. zur alten Rechtslage die Charakterisierung von Postel, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, § 4 GlüStV, Rdnr. 64.

2. Räumliche Beschränkung und Notwendigkeit paralleler Erlaubnisse

Diese Erlaubnisse sind in räumlicher Hinsicht beschränkt: Sie werden nach § 9 Abs. 4 Satz 1 GlüStV n. F. stets nur für das Gebiet des jeweiligen Landes oder gar nur für einen Teil dieses Gebiets erteilt. Maßgeblich ist insofern gemäß § 3 Abs. 4 GlüStV n. F., wo dem Spieler die Möglichkeit zur Teilnahme eröffnet wird. In der Konsequenz dieser Regionalisierung bedürfen Vermittler, die bundesweit agieren wollen, demnach 16 Erlaubnisse für die Vermittlung von Glücksspiel sowie ggf. 16 separater Erlaubnisse für die Vermittlung von Glücksspiel im Internet.⁶ Diese räumliche Begrenzung der Erlaubnisse gilt nur für die gewerblichen Spielvermittler. Die staatlichen Klassenlotterien profitieren hingegen nach Maßgabe des § 9a Abs. 1 GlüStV n. F. von einem ländereinheitlichen Verfahren, in dem die Erlaubnis für das Gebiet aller Länder erteilt wird.

3. Gebündeltes Verfahren zur Erteilung von Vermittlungserlaubnissen

Für die gewerblichen Spielvermittler ist ein solches ländereinheitliches Verfahren nicht vorgesehen. Sie unterfallen den besonderen Bestimmungen des § 19 GlüStV n. F., der anders als § 4 GlüStV n. F. nur für die gewerbliche Spielvermittlung gilt. Neben verschiedenen zusätzlichen Vorgaben für die Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittlung in § 19 Abs. 1 GlüStV n. F. regelt § 19 Abs. 2 GlüStV n. F. das Verfahren der Erlaubniserteilung. Er sieht vor, dass die nach § 4 Abs. 1 Satz 1 GlüStV n. F. erforderlichen Erlaubnisse für gewerbliche Spielvermittler, die in allen oder mehreren Ländern tätig werden (wollen), gebündelt von der zuständigen Glücksspielaufsichtsbehörde des Landes Niedersachsen erteilt werden. Im Unterschied zum ländereinheitlichen Verfahren nach § 9a GlüStV n. F. wird die räumliche Beschränkung der Erlaubnis nach Maßgabe des § 9 Abs. 4 Satz 1 GlüStV n. F. durch dieses Verfahren aber gerade nicht modifiziert oder gar aufgehoben. Vielmehr entscheidet eine – die niedersächsische – Behörde in rechtlich voneinander verschiedenen Verfahren und unter Beachtung des jeweiligen und also unterschiedlichen Landesrechts über die beantragte Anzahl der landesweit geltenden Erlaubnisse. Bemerkenswert ist insoweit, dass die niedersächsische Behörde trotz der Anwendung unterschiedlichen materiellen Landesrechts befugt ist, ihre Anordnungen nach niedersächsischem Landesrecht zu vollstrecken und Amtshandlungen in anderen Ländern vorzunehmen, wie der Verweis auf § 9a Abs. 3 GlüStV n. F. klarstellt.

4. Befristung, Widerruflichkeit und sonstige Nebenbestimmungen

Neben die räumliche Beschränkung der Erlaubnis tritt eine zeitliche: Gemäß § 9 Abs. 4 Satz 2 GlüStV n. F. ist die Erlaubnis zu befristen. Eine Mindestlaufzeit ist staatsvertraglich ebenso wenig vorgesehen wie eine automatische Verlängerung bei Vorliegen bestimmter Bedingungen. Vielmehr bedarf es nach Ablauf der Frist einer erneuten Erlaubnis. Da die Erlaubnisse zudem nach § 9 Abs. 3 Satz 2 GlüStV n. F. unter einem Widerrufsvorbehalt stehen, ist auch innerhalb der Bewilligungsfrist kein hinreichender Vertrauensschutz gewährleistet. Darüber hinaus ermächtigt § 9 Abs. 4 Satz 3 GlüStV n. F. die zuständige Behörde, die Erlaubnis – auch nachträglich – mit Nebenbestimmungen zu versehen. Solche Nebenbestimmungen werden insb. dazu genutzt, die räumliche Beschränkung der Erlaubnis in finanzieller Hinsicht dadurch zu flankieren, dass die in den einzelnen Ländern vereinnahmten Spielein-

6 Hinzu kommen ggf. die Erlaubnisse für Werbung im Internet sowie für Werbung im Fernsehen nach Maßgabe des § 5 GlüStV n. F.

sätze ausschließlich an die in den jeweiligen Ländern erlaubten Veranstalter weiterzuleiten sind.

5. Zusammenschau

In der Zusammenschau sind bereits den normativen Grundlagen weitest gehende Beschränkungen der gewerblichen Spielvermittlung zu entnehmen: Die Vermittlung bedarf einer Erlaubnis, auf die kein Anspruch besteht, die zudem räumlich und zeitlich begrenzt ist, die jederzeit mit Nebenbestimmungen versehen und sogar widerrufen werden kann. Eine Vermittlung ohne Erlaubnis oder unter Verstoß gegen die Nebenbestimmungen hat nicht nur verwaltungsrechtliche Konsequenzen, sondern erfüllt regelmäßig den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit. Ob ein solches Regelungsregime mit der unions- und verfassungsrechtlich verbürgten Freiheitsvermutung vereinbar ist, mag schon auf den ersten Blick mit guten Gründen bezweifelt werden, zumal das Regime eben nicht primär die Veranstaltung von Glücksspiel, sondern allein die Vermittlung von staatlich veranstaltetem Glücksspiel betrifft.

II. Prognostizierbare Folgen

Doch die europa- und verfassungsrechtliche Beurteilung dieser Bestimmungen des GlüStV n. F. darf an dem Wortlaut und ihren unmittelbar erkennbaren Rechtsfolgen nicht haltmachen, sondern muss vor allem die faktischen Wirkungen vor Augen haben, die diese Bestimmungen auslösen. Unerheblich ist insoweit, ob und in welchem Maße diese faktischen Wirkungen von den Vertragsparteien intendiert, akzeptiert, toleriert oder schlicht ignoriert wurden.

Schon § 44 Abs. 1 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO), der als Ausdruck einer allgemeinen Legistik ohne weiteres auch auf die Gesetzgebung durch Staatsverträge übertragen werden kann, fasst die beabsichtigten Wirkungen und die unbeabsichtigten Nebenwirkungen unter den Oberbegriff der wesentlichen Auswirkungen eines Gesetzes zusammen. Unabhängig von ihrer Intention müssen deshalb die (prognostizierten) faktischen Wirkungen eines Gesetzes in eine antizipierte Gesetzesfolgenabschätzung einbezogen werden.

Welche Anforderungen an eine solche antizipierte Gesetzesfolgenabschätzung zu stellen sind und welche Folgen ihre Missachtung nach sich zieht, kann dabei ebenso offen bleiben wie die Frage, ob und ggf. mit welchen Modifikationen eine solche Gesetzesfolgenabschätzung von den Parteien eines Staatsvertrages erwartet werden kann. Entscheidend ist allein die Wirkrichtung der Prognose: Sie soll den Gesetzgeber und vor allem die Normunterworfenen vor unverhältnismäßigen und deshalb unionsrechts- und verfassungswidrigen Regelungen bewahren. Denn das rechtsstaatlich und grundrechtlich begründete Verhältnismäßigkeitsprinzip setzt nach dem modernen Eingriffsbegriff grundsätzlich nicht nur die rechtlich intendierten, sondern auch die faktisch bewirkten Folgen einer staatlichen Maßnahme in Relation zu dem angestrebten Zweck. Insofern kommt der Bestimmung beider Komponenten entscheidende Bedeutung zu: Der Bestimmung des Zwecks ebenso wie der Beobachtung bzw. Prognostizierung der Wirkungen.

1. Parzellierung des bundesweiten Marktes

Erkennbare Folge der rechtlichen Regelungen über die Vermittlung von Glücksspiel ist, dass der bundesweite Markt für Glücksspiel in sechzehn Teilgebiete parzelliert wird.

Dass es einen bundesweiten Markt für Glücksspiel gibt, wird an den Angeboten der Lotteriegesellschaften der Länder deutlich. Sie haben sich im Blockvertrag zum Deutschen Lotto- und Totoblock zusammengeschlossen. Dieser als Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründete Block führt intern die wichtigsten Lotterien nach einheitlichen Kriterien, einheitlichen Teilnahmebedingungen und einheitlichen Gewinnmöglichkeiten in allen Ländern – mithin in Deutschland – durch. Nur diese einheitliche Durchführung erlaubt es den Ländern, Höchstgewinne in Aussicht zu stellen, die jede Landesgesellschaft für sich nicht vergeben könnte. Sämtliche Landes-Lotteriegesellschaften sind zudem am »Eurojackpot« beteiligt, der im Zusammenschluss mit den Lotteriegesellschaften von sieben weiteren Mitgliedstaaten der EU einmal wöchentlich veranstaltet wird. Und schließlich stehen sämtliche Landes-Lotteriegesellschaften hinter dem Internet-Auftritt »www.lotto.de«, einem gemeinsamen bundesweiten Internetportal, von dem aus Kunden die Online-Abgabe von Lottotipps bei der Lottogesellschaft ihres Bundeslands angeboten wird.⁷ Gerade der Spielscheinerwerb über das Internet zeigt, dass der Markt für die Veranstaltung, erst recht aber der Markt für die Vermittlung von Glücksspiel mindestens bundesweit besteht und erst durch die normativen Wertungen des GlüStV n. F. parzelliert wird, wobei sich diese Parzellierung wegen der determinierenden Ausrichtung an den räumlichen Grenzen der Landes-Lotteriegesellschaften als Regionalisierung darstellt.

2. Verhinderung eines Provisionswettbewerbs

Durch die Regionalisierung des bundesweiten Marktes auf sechzehn Teilmärkte wird ein Provisionswettbewerb mindestens behindert, möglicherweise gar verhindert. Denn jeder Landes-Lottogesellschaft wird eine Monopolstellung eingeräumt, ohne dass diese Monopolisten miteinander in Wettbewerb treten könnten. Die gewerblichen Vermittler sehen sich einem einzigen Vertragspartner gegenüber, was ihre Verhandlungsposition erheblich schwächt. Sie können keine Provisionen aushandeln, weil es eine alternative Lottoscheinabgabe nicht gibt.

3. Aufwändige technische Anforderungen

In tatsächlicher Hinsicht stellt die Regionalisierung die Vermittler von Glücksspielen zudem in mehrfacher Hinsicht vor technisch anspruchsvolle und finanziell immense Schwierigkeiten. Die Notwendigkeit, den Ort des Spielers zu bestimmen, um den Spielbeitrag einer bestimmten Landes-Lotteriegesellschaft zuzuordnen und weiterleiten zu können, bereitet zwar keine Probleme bei der Annahme eines Spielscheins in einer örtlichen Annahmestelle, bedarf im Falle der Internet-Vermittlung aber eines technisch komplizierten Geo-Tagging-Verfahrens, das seinerseits ver-

⁷ Dieses Portal wird von der niedersächsischen Lottogesellschaft betrieben und verweist den Spieler aufgrund seiner Angaben zum Wohnort automatisiert auf die Online-Lottoabgabemöglichkeit der Lottogesellschaft am Wohnort des Spielers.

schiedenen rechtlichen Vorgaben genügen muss.⁸ Darüber hinaus setzt die Vermittlung von Glücksspiel eine technische Anbindung an den Lotterie-Veranstalter voraus. Ohne solche Schnittstellen kann rein tatsächlich keine Vermittlung von Glücksspiel stattfinden. Eine einzige solche Schnittstelle zu programmieren und zu betreiben, ist für sich genommen schon ein hoher Aufwand und mit immensen Investitionskosten verbunden. Besonders kostenintensiv ist es, wenn die einzelnen Landes-Lotteriegesellschaften unterschiedliche technische Vorgaben an diese Anbindungen stellen, was rechtlich nicht ausgeschlossen ist.

4. Verfahrensrechtliche Konsequenzen

Schließlich sei eine verfahrensrechtliche Konsequenz der Regionalisierung des Glücksspielrechts betont: Die nur formelle Bündelung der Erlaubnisverfahren bei gleichzeitiger Anwendbarkeit unterschiedlichen Landesrechts bewirkt, dass Rechtsschutz gegen die Versagung einer Erlaubnis oder gegen einzelne Nebenbestimmungen vor den Verwaltungsgerichten der einzelnen Länder erstrebt werden muss. Dies entspricht zwar dem Regelfall bei dem Vollzug von Landesrecht, steht aber im Widerspruch zu dem Anspruch des GlüStV n. F., die Veranstaltung, die Durchführung und die Vermittlung von öffentlichen Glücksspielen für das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vereinheitlichend zu regeln.

5. Fehlender Anreiz zum Freiheitsgebrauch

Insgesamt erscheinen die rechtlichen Regelungen mit ihren praktischen Konsequenzen wenig geeignet, um Unternehmen zur Tätigkeit der gewerblichen Spielvermittlung zu motivieren. Sie erscheinen vielmehr als so streng, dass man fast schon von einem prohibitiven Charakter der rechtlichen Rahmenregelungen sprechen kann. Dies mag bei politischer Betrachtung ihrer Ausgestaltung als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt entsprechen, stößt sich aber in rechtlicher Hinsicht an dem Schutz der Freiheits- und Wettbewerbsordnung als solcher sowie an den individualschützenden Grundfreiheiten und Grundrechten: Die Freiheitsordnung ist durch die Vermutung gekennzeichnet, dass der Gebrauch der Freiheit grundsätzlich zulässig ist und nicht gerechtfertigt werden muss. Die Wettbewerbsordnung ist durch die Schaffung und Erhaltung eines Wettbewerbs gekennzeichnet. Ihre Grundausrichtung steht somit rechtlichen, technischen und finanziellen Anforderungen entgegen, die die Zahl potentieller Wettbewerber von vornherein klein halten.

III. Umgehung wettbewerbsrechtlicher Vorgaben

Die Wettbewerbsregeln sind auch unter dem Vertrag von Lissabon strikt auf die Realisierung und das Funktionieren des Binnenmarktes ausgerichtet. Die Errichtung eines Systems unverfälschten Wettbewerbs ist das Leitziel der Wettbewerbsre-

geln und damit zugleich deren Auslegungsmaxime.⁹ Der Wettbewerb soll nicht nur gegen Beeinträchtigungen durch Private, sondern auch gegen Beeinträchtigungen durch den Staat geschützt werden, wie Art. 106 AEUV zu erkennen gibt. Agiert der Staat als Marktteilnehmer oder sucht er Wettbewerbsverhältnisse durch hoheitliche Regeln zu gestalten, ist er hierbei nicht frei. Vielmehr unterliegt er den Vorgaben der Art. 101 ff. AEUV.

1. Festgestellte Wettbewerbsverstöße

Das Bundeskartellamt hat in der jüngeren Vergangenheit zahlreiche Wettbewerbsverstöße im Bereich des Glücksspielwesens festgestellt,¹⁰ die höchstgerichtlich durch den BGH bestätigt wurden.¹¹ Gegenstand dieser Entscheidungen waren Maßnahmen, die zu einer Gebietsabsprache und -aufteilung unter den Landes-Lottogesellschaften führten, im Ergebnis also herbeiführten, was nun durch die räumliche Beschränkung der Erlaubnisse nach § 9 Abs. 4 Satz 1 GlüStV n. F. und die hierauf bezogene Praxis bewirkt wird, nur die Vermittlung an die eigene Lottogesellschaft des Landes zu erlauben. Wegen dieser gleichen Wirkung der hier als Regionalisierung bezeichneten Regelung indizieren die genannten Beschlüsse des Bundeskartellamts wie auch des BGH einen Verstoß des § 9 Abs. 4 Satz 1 GlüStV n. F. gegen die Vorschriften des europäischen Kartellrechts, namentlich gegen Art. 101 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV. Denn die zwei maßgeblichen Gründe für die Entscheidung des Bundeskartellamts treffen auch auf die gegenwärtige Rechtslage zu:

Erstens beschränkt die Gebietsabsprache den Anbieterwettbewerb der Lottogesellschaften auf dem Markt für Lotterien, und zweitens wird der Nachfragerwettbewerb der Lottogesellschaften um die gewerbliche Spielvermittlung begrenzt. Weil damals der Regionalisierungsstaatsvertrag eine nachträgliche Rückverteilung der Erlöse aus der gewerblichen Spielvermittlung auf die Herkunftsländer der Spieler vorsah, gab es für die Lottogesellschaften keinen Anreiz, einzelne Spielvermittler mit höheren Provisionen an sich zu binden. In der Folge wurden sowohl die Vereinbarung über die regionale Aufteilung des bundesweiten Lotteriemarktes sowie die Anwendung des Regionalisierungsstaatsvertrages untersagt.

Vor diesem Hintergrund ist es ein nicht schwer zu durchschauender Versuch der Länder, die regionale Aufteilung des bundesweiten Lotteriemarktes unter dem Mantel der Gesetzgebungskompetenz für das Ordnungsrecht zu bewirken. Doch der sachliche Grund oder die föderale Kompetenzverteilung befreit die Mitgliedstaaten der EU und ihre Untergliederungen nicht vom Maßstab des Wettbewerbsrechts. Der Hinweis auf eine vermeintlich ordnungsrechtliche Zielsetzung ist insoweit schon von vornherein irrelevant. Entsprechend dem bereits skizzierten Ziel, ein System unverfälschten Wettbewerbs unionsweit zu realisieren, kennt das Wettbewerbsrecht keine allgemeine *ordre-public*-Klausel, die erstens bei primär an Unternehmen adressierten Verpflichtungen der Art. 101, 102 AEUV keinen Sinn ergäbe und zweitens das anvisierte Ziel des unverfälschten Wettbewerbs ja auch von

⁹ Vgl. statt vieler *Hoffmann*, in: Dauses (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, EL 28. 5. 2011, Anm. H. I. § 1 Rdnr. 5 m. w. N.

¹⁰ BKartA, Beschluss vom 23. 8. 2006, WuW/E DE-V 1251.

¹¹ BGH, Beschluss vom 14. 8. 2008, WuW/E DE-R 2408.

⁸ Vgl. hierzu bspw. *Koch*, ITRB 2011, 158 ff.; *Lapp*, ITRB 2011, 282 ff.

vornherein zum Scheitern verurteilt. Vielmehr sind Ausnahmen bzw. Modifikationen vom Maßstab des Wettbewerbsrechts nur nach Maßgabe des Art. 106 Abs. 2 AEUV möglich, der im Glücksspielrecht aber nach den verbindlichen Beschlüssen des Bundesgerichtshofs keine Anwendung findet. Im Übrigen aber statuiert Art. 106 Abs. 1 AEUV gerade ein Umgehungsverbot.

2. Fortgesetzte Wettbewerbsverstöße

Vor dem Hintergrund dieses Maßstabs ist deutlich, dass die durch die räumliche Beschränkung der Erlaubnisse mittelbar bewirkte Unterbindung des Wettbewerbs als fortgesetzter Verstoß gegen Wettbewerbsrecht zu qualifizieren ist.

a) Unternehmensadressierte Vorgaben

Zwar sind die Wettbewerbsregeln der Art. 101 AEUV in erster Linie an die Wirtschaftsakteure adressiert, an Unternehmen. Unter den funktionalen Unternehmensbegriff¹² fallen auch die Landes-Lottogesellschaften, wie der BGH im genannten Beschluss unter Verweis auf frühere Rechtsprechung¹³ festgestellt hat.¹⁴ Die Verbote des Art. 101 AEUV richten sich aber auch an Unternehmensvereinigungen, also an jede verbandsartige Organisation von Unternehmen¹⁵ und mithin auch den Deutschen Lotto- und Totoblock.¹⁶ Sowohl den Landes-Lottogesellschaften als auch dem Deutschen Lotto- und Totoblock sind wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen und Verhaltensweisen somit verboten. Doch der Glücksspielstaatsvertrag lässt sich nicht als Absprache oder Verhaltensweisen der Landes-Lottogesellschaften oder des Deutschen Lotto- und Totoblocks qualifizieren.

b) Vorgaben für die Mitgliedstaaten

Allerdings folgt aus dem allgemeinen, in Art. 4 Abs. 3 EUV normierten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit die Pflicht der Mitgliedstaaten, keine hoheitlichen Maßnahmen, insb. auch keine legislativen Akte, zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit des Kartellrechts aufheben.¹⁷ Sind die Mitgliedstaaten somit mittelbar an Art. 101 AEUV gebunden, liegt es mit Blick auf die tatsächlichen Gegebenheiten nahe, die staatsvertraglich und durch den Blockvertrag festgeschriebenen Vorgaben als besondere, ja als besonders offene Form der Absprachen zu begreifen, die nach Art. 101 Abs. 2 AEUV nichtig sind.

Zusätzlich sind die Mitgliedstaaten den Vorgaben des Art. 101 AEUV nach Maßgabe des Art. 106 AEUV unterworfen. Art. 106 AEUV ermöglicht es, die wettbewerbswidrige Verhaltensweise dem Mitgliedstaat selbst als Vertragsverstoß zuzurechnen, also nicht nur unternehmerisches, sondern in beschränktem Umfang auch

hoheitliches Handeln an den Wettbewerbsregeln zu messen.¹⁸ Die Bindung des Art. 106 AEUV erfasst deshalb »jede Ausdrucksform der mitgliedstaatlichen öffentlichen Hand« ungeachtet einer territorialen, funktionalen oder organisatorischen Differenzierung.¹⁹ Insofern unterfallen auch die Bundesländer der grundsätzlichen Bindung an Art. 106 AEUV, zumal sie nicht nur den bestimmenden, sondern den alleinigen Einfluss auf die Landes-Lottogesellschaften haben, die somit als öffentliche Unternehmen i. S. d. Art. 106 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren sind. Die Länder sind deshalb verpflichtet, keine den Verträgen und insbesondere keine den Art. 18, 101–109 AEUV widersprechenden Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten. Der Begriff der Maßnahmen ist angesichts der Funktion des Umgehungsverbots weit zu verstehen und umfasst mit Blick auf die Adressaten auch und vor allem gesetzliche Vorschriften.

Die Ausnahmenvorschrift des Art. 106 Abs. 2 AEUV, nach der Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, erfasst die Landes-Lottogesellschaften nicht. Dies hat der BGH in dem bereits mehrfach zitierten Beschluss ohne Einschränkungen festgestellt.²⁰

Ist der Glücksspieländerungsstaatsvertrag somit an Art. 101 AEUV zu messen, ist diese Norm zugleich auch verletzt. Denn die räumliche Beschränkung der Erlaubnis ist geeignet, den Binnenmarkt in Bezug auf die Dienstleistungstätigkeit der Vermittlung von Glücksspielen zu beeinträchtigen und bewirkt jedenfalls eine Verfälschung, mindestens aber eine Einschränkung oder gar eine Verhinderung des Wettbewerbs. Für potentielle Vermittler, die ihren Sitz in anderen Mitgliedstaaten der Union haben, wird der Markt »Deutschland« dadurch unattraktiv, dass dieser Markt entweder normativ und d. h. aus wirtschaftlicher Perspektive künstlich in sechzehn Märkte parzelliert wird oder insgesamt nur mit ausgesprochen hohem bürokratischen Aufwand und ohne einen gesicherten Bestandsschutz zu erobern ist. Die Beschränkung der unabhängigen Spielvermittlung auf die jeweilige Lottogesellschaft des Landes verhindert den Wettbewerb der Lotteriegesellschaften um Dienstleistungen unabhängiger Spielvermittler. Denn die Lottogesellschaften bilden in ihrem jeweiligen Land ein Monopol, sind somit nicht dem Wettbewerb unterworfen und können deshalb den Spielvermittlern die Provisionshöhe diktieren. Ein Wettbewerb findet nicht statt, kann nicht stattfinden und soll eben auch nicht stattfinden.

IV. Räumliche Beschränkung als Kompetenzmissbrauch?

Der offenkundig intendierte Ausschluss von Wettbewerb wirft die Frage auf, ob die Länder angesichts der kartellrechtlichen Beschlüsse des BGH ihre ordnungsrechtliche Gesetzgebungskompetenz in verfassungswidriger Weise missbraucht haben, um das wettbewerbsrechtliche Verbot der Regionalisierung zu unterlaufen.

18 Hoffmann (Fußn. 9), § 1 Rdnr. 5.

19 Müller-Graff (Fußn. 12), Art. 106 Rdnr. 6.

20 BGH, Beschluss vom 14. 8. 2008, WuW/E DE-R 2408.

12 Emmerich, in: Immenga/Mestmäcker/Emmerich (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Bd. I, 4. Aufl. 2007, Art. 81 Abs. 1, Rdnr. 12; Müller-Graff, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Art. 101 Rdnr. 6, unter Verweis auf EuGH, Urt. v. 23. 4. 1991, Rs C-41/90 (Höfner und Elser/Macrotron), Rdnr. 21.

13 Deutlich BGH, Beschluss vom 9. 3. 1999, NJW-RR 1999, 1266, 1267.

14 BGH, Beschluss vom 14. 8. 2008, WuW/E DE-R 2408.

15 Müller-Graff (Fußn. 12), Art. 101 Rdnr. 7.

16 BGH, Beschluss vom 14. 8. 2008, WuW/E DE-R 2408.

17 EuGH, Urt. v. 29. 1. 1985, Rs. 231/83, (Cullet/Leclerc), Rdnr. 16.

1. Zulässigkeit paralleler Kompetenzausübung

Fraglich mag insofern sein, ob es den Ländern überhaupt offensteht, die ihnen verfassungsrechtlich eingeräumten Kompetenzen durch eine parallele Gesetzgebung oder eben durch einen Staatsvertrag in einer Weise auszuüben, dass bundesweit eine einheitliche Rechtslage bewirkt wird, ohne dass der Bund gesetzgeberisch tätig geworden ist. Ähnlich wie in Bezug auf die EU diskutiert wird, ob die Mitgliedstaaten durch multilaterale Verträge Recht parallel zur EU und dementsprechend ohne Beteiligung der Organe der EU setzen dürfen,²¹ ließe sich für die Länder postulieren, dass sie ihr Recht nicht in einer Weise gemeinschaftlich erlassen dürften, die ohne Beteiligung der Bundesorgane zu einheitlichem Recht im Bundesgebiet führt.

Zwei Anknüpfungspunkte kämen für eine solche Begrenzung der Landesgesetzgebung in Betracht: Zum einen ließe sich argumentieren, dass der zweigliedrige Bundesstaat durch eine abgestimmte Gesetzgebung der Länder unterlaufen würde. Zum anderen ließe sich der kompetitive Aspekt der Bundestaatlichkeit fruchtbar machen. Er betont um der Innovation und Freiheitssicherung willen den politischen Wettbewerb zwischen den Bundesländern, der bei einer staatsvertraglich begründeten Rechtsetzung, ähnlich wie bei einem abgestimmten Verhalten, verloren ginge. In dem vermögen beide Argumente einer staatsvertraglich begründeten Gesetzgebung der Länder nicht entgegen zu stehen.

a) Zweigliedrigkeit des Bundestaates

Was zunächst die Zweigliedrigkeit des Bundesstaates betrifft, so geht es dem Bundesverfassungsgericht bei seiner entsprechenden Interpretation des Grundgesetzes vor allem darum, eine dritte, aus Bund und Ländern gemeinsam gebildete staatliche Ebene auszuschließen. Neben den Ländern und dem Gesamtstaat bestehe weder ein Zentralstaat noch gebe es eine »gemeinsame Verfassungsordnung«.²² Wenn sich solche strikte Zweiteilung angesichts etwa der gemeinsamen, nur von Bund und Ländern zusammen erfüllbaren Verpflichtung des Art. 109 Abs. 2 GG auf die europarechtlichen Vorgaben der Haushaltsdisziplin sowie auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht auch nicht durchgängig aufrecht erhalten lässt,²³ ist mit Blick auf Staatsverträge zwischen den Ländern doch festzuhalten, dass nur eine Bund und Länder zusammenfassende dritte Ebene, nicht hingegen eine Kooperation unter den Ländern ausgeschlossen wird. Dass in der Literatur eine derartige »Unitarisierung durch Kooperation« mit Blick sowohl auf demokratische wie auf das bundesstaatliche Prinzip durchaus problematisch gesehen wird,²⁴ soll hier nicht weiter vertieft werden, weil angesichts der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht erkennbar ist, dass Staatsverträge generell oder der Glücksspie-

21 Vgl. hierzu ausführlich *Thym*, Ungleichzeitigkeit und Europäisches Verfassungsrecht, 2004, S. 197 ff.

22 Vgl. deutlich BVerfG, Beschluss vom 26. 3. 1957, BVerfGE 6, 309, 364; Beschluss vom 11. 07. 1961, BVerfGE 13, 54, 77.

23 Vgl. *Rossi*, JZ 2007, 394, 397.

24 Vgl. *Degenhart*, Staatsorganisationsrecht, 28. Aufl. 2012, Rdnr. 465.

länderungsstaatsvertrag im Besonderen gegen Art. 79 Abs. 3 GG verstoßen könnten.²⁵

b) Kompetitiver Föderalismus

Auch die kompetitiven Aspekte des Bundesstaatsprinzips sind als Maßstab zu unscharf, um die Verfassungswidrigkeit der Regelungsform von Staatsverträgen zu begründen. Zwar werden etwa schon gegenüber dem ministeriell beschlossenen Musterentwurf des VwVfG und seinen parlamentarischen Absegnungen in den Ländern verfassungsrechtliche Zweifel geäußert, die wegen des stark gubernativen Charakters dieser koordinierten Ländergesetzgebung vor allem demokratietheoretisch begründet werden.²⁶ Gleiches ließe sich wegen des Funktionsverlusts der Länderparlamente für die Ratifizierung der von der Exekutive ausgehandelten Staatsverträge beobachten. Staatsverträge stellen insoweit eine besondere Form der Länderkooperation dar, eine Kooperationsform der Exekutive, die den Landesparlamenten weitgehend ihre Gestaltungsräume nimmt und ihnen nur eine Ratifikationsfunktion belässt. Eine solche Exekutivkooperation ist verfassungspolitisch auch vor dem Hintergrund der jüngsten Föderalismusreformen zu kritisieren. Selbst wenn das Glücksspielrecht, jedenfalls das Recht der Lotterien, nicht von diesen Verfassungsänderungen betroffen war, so verliert doch jede Intention, die Gesetzgebungsbefugnisse des Bundes zugunsten eines größeren Gestaltungsspielraums der Länder zurückzuführen, an Sinn, wenn infolge eines aufwendigen Koordinierungsprozesses zwischen den Ländern, vertreten jeweils durch ihre Regierungen, im Ergebnis eine bundeseinheitliche Rechtslage in sechzehnfacher landesgesetzlicher Ausführung geschaffen wird.²⁷ Doch ob, in welchen Bereichen und mit welcher Schärfe sich das Grundgesetz tatsächlich für einen Wettbewerbsföderalismus ausgesprochen hat, der ein politisch und rechtlich abgestimmtes Verhalten nicht nur als unerwünscht, sondern als verfassungswidrig qualifizieren lässt, ist unklar. Zwar verfolgt die insbesondere mit der Föderalismusreform I vorgenommene Verschärfung der bewussten Trennung der Verantwortungsräume das Ziel, Anreize und Möglichkeiten für einen Gestaltungswettbewerb zu setzen,²⁸ auch und gerade zwischen den Ländern. Doch das Ignorieren solcher Freiräume und die Entscheidung für eine koordinierte Politik, für eine koordinierte Rechtsetzung unter den Ländern werden damit nicht verboten. Vielmehr ist im Grundsatz nach wie vor davon auszugehen, dass das föderalistische Prinzip den Ländern das Recht gibt, von den ihnen eingeräumten Kompetenzen unabhängig und selbständig Gebrauch zu machen,²⁹ und sei es in Form von Staatsverträgen.

25 Offen insofern etwa die 7. Rundfunkentscheidung BVerfG, Beschluss vom 6. 10. 1992, BVerfGE 87, 181, 196.

26 *Burgi*, JZ 2010, 105, 111.

27 Vgl. *Papier*, Bewahrung und Reform der bundesstaatlichen Ordnung, 2011, S. 15.

28 *Burgi*, JZ 2010, 105, 111.

29 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 10. 5. 1960, BVerfGE 11, 77, 88.

2. Missbrauch der Kompetenzausübung

Die Länder könnten ihre Kompetenz freilich missbräuchlich und damit verfassungswidrig ausgeübt haben. Die Möglichkeit für einen Missbrauch wird durch die Besonderheit eröffnet, dass die Länder einerseits als Wirtschaftssubjekte am Glücksspielmarkt teilnehmen und insoweit eben auch dem Wettbewerbsrecht unterfallen,³⁰ auf der anderen Seite aber als Hoheitsträger zugleich dasjenige Recht setzen, das diesen Markt eröffnet sowie darüber hinaus auch bestimmt und beschränkt.

a) Wettbewerbsrecht und Ordnungsrecht

Ob in einer Instrumentalisierung des Ordnungsrechts ein verfassungswidriger Missbrauch liegt, lässt sich nicht abstrakt mit dem Verhältnis zwischen Wettbewerbsrecht und Ordnungsrecht beantworten. Denn das Ordnungs- und das Kartellrecht stehen nicht in einem strikten Alternativverhältnis zueinander, sondern unterscheiden sich in Zielsetzung, Voraussetzung, sachlichem und persönlichem Anwendungsbereich so sehr voneinander, dass ihr Verhältnis zueinander eher dem sich überschneidender Kreise entspricht. Weder dem Ordnungsrecht noch dem Kartellrecht kommt dabei ein allgemeiner Vorrang gegenüber dem jeweiligen anderen Rechtsgebiet zu. Insbesondere setzt sich nicht das Ordnungsrecht der Länder gegen das Kartellrecht des Bundes durch, der die Zuständigkeitsvermutung für die Länder zu achten habe.³¹ Die Ausführung des BGH, nach der ein Erlaubnisvorbehalt im Glücksspielrecht mit Wettbewerbsrecht vereinbar sei, weil er die anerkannten Gemeinwohlbelange des § 1 GlüStV ordnungsrechtlich durchsetze,³² wäre missverstanden, wollte man aus ihr einen allgemeinen ordnungsrechtlichen Vorbehalt des Wettbewerbsrechts ableiten. Umgekehrt folgt aus der bundes- bzw. europarechtlichen Normierung des Kartellrechts auch noch nicht wegen des Vorrangs höherrangigen Rechts eine vollständige Verdrängung des Ordnungsrechts der Länder. Zutreffend ist allein, dass das Kartellrecht dem Ordnungsrecht in der Überlappung ihrer Anwendungsbereiche als Maßstab dient, dass sich also auch ordnungsrechtlich begründete Normen am Maßstab des Kartellrechts messen lassen müssen. Erst die exakte Subsumtion gibt dann zu erkennen, ob gesetzliche Vorschriften mit dem Kartellrecht vereinbar sind oder nicht. Unerheblich ist dabei, ob diese Vorschriften ordnungsrechtlich oder anderweitig begründet sind. Der Verstoß gegen Wettbewerbsrecht alleine indiziert allenfalls einen verfassungswidrigen Kompetenzmissbrauch, begründet ihn aber noch nicht, denn ein Kompetenzmissbrauch kann nicht am Maßstab des Wettbewerbsrechts, sondern nur am Maßstab des Verfassungsrechts festgestellt werden.

30 Vgl. insoweit BKartA, Beschluss vom 23. 8. 2006, WuW/E DE-V 1251; sowie OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. 6. 2007, VI-Kart 15/06 (V); BGH, Beschluss vom 8. 5. 2007, KVR 31/06.

31 Gleichwohl vom konkreten und besonderen Fall des Gebührenrechts auf das allgemeine Verhältnis zwischen Gebühren- und Kartellrecht schließend Wolfers/Wollenschläger, DVBl 2012, 273 ff.

32 BGH, Beschluss vom 14. 8. 2008, WuW/E DE-R 2408.

b) Bundes- und rechtsstaatlich begründeter Maßstab

Der verfassungsrechtliche Maßstab für eine missbräuchliche Wahrnehmung von Gesetzgebungskompetenzen ist nicht exakt definiert. Zwar ist unstreitig, dass die Kompetenzausübung durch Bund und Länder missbräuchlich sein kann.³³ Doch allgemeine Begriffsmerkmale und konkrete Voraussetzungen einer missbräuchlichen Gesetzgebungskompetenzausübung sind bislang nicht entwickelt worden.³⁴ Mit dem Grundsatz der Bundestreue ist zudem ein Maßstab für den Gebrauch von Kompetenzen benannt, der ausgesprochen weit ist.³⁵ Immerhin ist anerkannt, dass eine missbräuchliche Interessenwahrnehmung nicht nur aus der Art und Weise des Kompetenzgebrauchs, sondern auch aus dem Inhalt einer Maßnahme oder Regelung folgen kann, wenn dadurch Interessen des Bundes bzw. der Länder in besonderem Maße berührt werden.³⁶ Festzuhalten ist insofern, dass der Grundsatz der Bundestreue einen verfassungsrechtlichen Maßstab bietet, an dem sich der Gebrauch von Kompetenzen messen lassen muss und gegebenenfalls als Missbrauch entlarvt wird. Dieser Maßstab ist allerdings insoweit ein relativer, weil er nicht schlicht jeden Kompetenzmissbrauch, sondern nur einen solchen dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit unterwirft, der für die jeweils andere föderale Ebene von Nachteil ist.

Als ein möglicher Nachteil der Kompetenzausübung durch die Länder ist erneut die Verletzung von Europarecht zu thematisieren. Denn für eine solche Verletzung muss sich gegenüber der Europäischen Union alleine der Bund verantworten, obwohl er weder an der Setzung noch am Vollzug des Glücksspieländerungsstaatsvertrags beteiligt war. Diese Divergenz zwischen der europarechtlichen Alleinverantwortung des Bundes auf der einen Seite bei föderal bedingter Zuständigkeitsverteilung zwischen dem Bund und den Ländern auf der anderen Seite ist ein Hauptanwendungsbereich der Bundestreue, die von den Ländern insoweit verlangt, dem Bund die Einhaltung seiner europarechtlichen Pflichten zu ermöglichen.³⁷

Das Verbot des Kompetenzmissbrauchs ist aber nicht nur bundesstaatlich, sondern es ist auch rechtsstaatlich begründet. Das Rechtsstaatsprinzip impliziert nicht nur ein allgemeines, auch den Gesetzgeber treffendes Begründungsgebot, sondern es umfasst insbesondere auch den Grundsatz der Begründungswahrheit. Denn »stellte die Begründung auf Erwägungen ab, die gar nicht angestellt wurden, so würde sie mit solchen vorgeschobenen Gründen ihren Zweck nicht erfüllen. Weder Selbstkontrolle und materielle Richtigkeit, weder Klarstellung und Auslegung noch Kontrolle

33 BVerfG, Beschluss vom 1. 12. 1954, BVerfGE 4, 115, 140; Beschluss vom 29. 11. 1961, BVerfGE 13, 230, 234; Beschluss vom 24. 7. 1962, BVerfGE 14, 197, 215; Beschluss vom 19. 02. 2002, BVerfGE 104, 249, 269 f.; Beschluss vom 27. 6. 2002, BVerfGE 106, 1, 27 f.; Beschluss vom 3. 3. 2004, BVerfGE 110, 33, 52; aus der Literatur statt vieler Rengeling, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VI, 3. Aufl. 2008, § 135 Rdnr. 15.

34 Vgl. Bauer, Die Bundestreue, 1992, S. 357; Dörfer, Bundesverfassungsgericht und Bundesstaat, 2010, S. 90 f.; Jestaedt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 29 Rdnr. 75 ff.

35 BVerfG, Beschluss vom 28. 2. 1961, BVerfGE 12, 205, 254; Beschluss vom 27. 7. 1971, BVerfGE 31, 337, 354 ff.; Beschluss vom 4. 3. 1975, BVerfGE 39, 96, 108; Beschluss vom 10. 2. 1976, BVerfGE 41, 291, 308; Beschluss vom 22. 5. 1990, BVerfGE 81, 310, 337.

36 BVerfG, Beschluss vom 19. 10. 1982, BVerfGE 61, 129, 205 f.

37 Vgl. hierzu Grabitz, AöR 111 (1986), 1, 30; Sannwald, ZRP 1993, 103, 109; Stern, in: FS Everling, 1995, S. 1469, 1481; sowie allgemein etwa Scheuing, EuR 1985, 229, 242; Trübe, EuR 1996, 179, 192.

durch andere staatliche Stellen oder die demokratische Öffentlichkeit sind auf der Basis einer derart falschen Begründung zu erreichen.«³⁸

Was für die Begründung in Gesetzesentwürfen, in Ausschuss- und Plenarsitzungen etc. gilt, gilt umso mehr für im Gesetz selbst verankerte Zielsetzungen. Die Pflicht zur Nennung der wahren Ziele folgt hier schon aus der besonderen rechtlichen Bedeutung von gesetzlichen Zielbestimmungen: Sie sind für die Gesetzgebungskompetenz bedeutsam und prägen zugleich die Verhältnismäßigkeit des Gesetzes. Insofern ist die Pflicht zur Benennung der wahren Ziele eines Gesetzes von besonderer rechtsstaatlicher Bedeutung. Sie gilt damit absolut und unabhängig davon, ob der Kompetenzgebrauch einer anderen föderalen Ebene beeinträchtigt wird oder nicht. Ein Verstoß gegen das Gebot zur Benennung der wirklich verfolgten Ziele und das mit ihm korrespondierende Verbot der Verschleierung dieser Ziele führt deshalb nicht nur zur formellen Verfassungswidrigkeit des entsprechenden Gesetzes, sondern kann zugleich die materielle Verfassungswidrigkeit bewirken, weil und wenn die vorgeschobenen Gründe eine Verhältnismäßigkeit nicht zu begründen vermögen.

Freilich bereitet es naturgemäß große Schwierigkeiten, den Missbrauch einer Kompetenzausübung nachzuweisen. Bezogen auf das Glücksspielrecht wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur deshalb auch allenfalls vorsichtig betont, dass die Vermutung nahe liege, die Gefahrenabwehr könne ein nachrangiges Motiv der Gesetzgebung darstellen.³⁹ Nichtsdestotrotz hat bspw. das VG Gelsenkirchen die eigentlichen Zielsetzungen der Länder klar erkannt und benannt, dass »die Beschränkung des Rechts auf Vermittlung von Lotterien auf Teilnehmer aus Nordrhein-Westfalen [...] nicht verfassungs- oder ordnungsrechtlich begründbar [ist], sondern [...] ausschließlich der Sicherung der jeweiligen Landesmonopole [dient].«⁴⁰

c) Unterlassene Abstimmung mit dem Bund

Das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens ist zudem auch dadurch verletzt, dass die Länder sich bei der Aushandlung des Glücksspieländerungsstaatsvertrags nicht mit dem Bund abgestimmt haben, obwohl europarechtlich eine kohärente und systematische Ausgestaltung des gesamten Glücksspiel- und Wettwesens gefordert ist. In der Rechtssache *Stoß* u. a. hat der EuGH seine vorherige Judikatur⁴¹ auch auf die deutsche Rechtsordnung bezogen. Erneut hat er die Formel in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einfließen lassen, dass eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit nur dann gerechtfertigt werden kann, »wenn die entsprechende restriktive Maßnahme geeignet ist, die Verwirklichung

dieses Ziels dadurch zu gewährleisten, dass sie dazu beiträgt, die Wetttätigkeiten in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.«⁴²

Die bundesstaatliche Tragweite dieser Formel liegt darin begründet, dass sich die Kohärenz nicht nur in vertikaler Hinsicht auf einzelne Glücksspielarten bzw. Glücksspielsektoren bezieht, sondern in horizontaler Weise das gesamte nationale Glücksspielwesen umfasst.⁴³ Dieses Erfordernis einer horizontalen Kohärenz, einer horizontalen, das gesamte Glücksspiel- und Wettwesen umfassenden Stimmigkeit,⁴⁴ wirft nicht nur tatsächliche Probleme auf, sondern zieht auch rechtliche, gar verfassungsrechtliche Konsequenzen nach sich, die sowohl die grundrechtlichen Gewährleistungen als auch die staatsorganisationsrechtliche Kompetenzverteilung betreffen.

Zum einen bringt die Forderung nach Kohärenz Gleichheitsaspekte in die Verhältnismäßigkeitsprüfung ein, die an sich als Schranke für Freiheitsbeschränkungen fungiert. Denn die Eignung, spätestens aber die Erforderlichkeit einer Regel muss sich nun auch daran messen lassen, wie vergleichbare Sachverhalte geregelt werden. Gegen diese Vermischung von Gleichheits- und Freiheitsrechten sind zahlreiche Bedenken einzuwenden.⁴⁵ Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, dass sich die Dogmatik der Freiheits- und Gleichheitsrechte ständig weiter angenähert hat und mit der »neuen Formel« seit 1984 ja umgekehrt auch Aspekte der Verhältnismäßigkeit bei der Prüfung von Gleichheitsrechten berücksichtigt werden.

Entscheidender ist, dass die Forderung nach horizontaler Kohärenz sich auch auf die nationale Kompetenzverteilung auswirkt. Die horizontale Kohärenzerwartung beeinträchtigt die vertikale Kompetenzausübung. Denn dass nach überwiegender Meinung und ständiger Rechtsprechung das Glücksspiel- und Wettrecht in der Bundesrepublik Deutschland teils zur Disposition des Bundes, teils zur Disposition der Länder steht, spielt für die europarechtliche Perspektive auf Deutschland als Ganzes keine Rolle. Die nationale Kompetenzverteilung vermag die europarechtlichen Vorgaben nicht zu modifizieren. Indem das Glücksspiel- und Wettgeschehen nicht mit der – historisch zufälligen – verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung und –ausübung parzelliert, sondern als Ganzes betrachtet wird, wird die Kohärenzerwartung also zu einem Kooperations-, mindestens aber zu einem Abstimmungsgebot zwischen dem Bund und den Ländern.⁴⁶ Dies bedeutet keinen Abschied vom bundesstaatlichen Charakter und ist insofern schon gar nicht als Eingriff, möglicherweise als Verletzung des Art. 79 Abs. 3 GG zu werten. Vielmehr lässt sich das europarechtlich determinierte Abstimmungsgebot verfassungsrechtlich mit dem Grundsatz der Bundestreue spiegeln. Das Gebot der Bundestreue belässt die grundgesetz-

38 Ausführlich *Kischel*, Die Begründung, 2003, S. 358 ff.

39 Vgl. *Ossenbühl*, VerwArch 86 (1995), 187, 190; *Papier*, in: FS Stern, S. 543, 544; *Rausch*, GewArch 2001, 102, 106.

40 VG Gelsenkirchen, Urt. vom 6. 4. 2011, 7 K 6737/08, Rdnr. 113.

41 Siehe EuGH, Urt. v. 6. 11. 2003, Rs. C-243/01 (*Gambelli*), Rdnr. 67.

42 EuGH, Urt. v. 8. 9. 2010, Rs. C-316/07 (*Stoß*), Rdnr. 97.

43 Vgl. *Klöck/Klein*, NVwZ 2011, 22, 23 f.

44 Zum Kohärenzerfordernis umfassend *Bumke*, Der Staat 2010, 77 ff.; *Schorkopf*, DÖV 2012, 260, 261 f.

45 Vgl. *Rossi*, Inkonsequente Gesetzgebung, in: Koch/Rossi (Hrsg.), Kodifikation in Europa, 2012, 149, 157.

46 Vgl. auch *Marberth-Kubicki/Hambach/Berberich*, K&R 2012, 27, 32.

liche Kompetenzverteilung unberührt und modifiziert nur die Ausübung der zugewiesenen Kompetenzen.⁴⁷

Wie streng die Anforderungen an eine Gesamtkohärenz im Einzelnen zu sein haben und ob und welche Unstimmigkeiten es im geltenden nationalen Glück- und Wertspielrecht gibt, soll in diesem Kontext nicht erörtert werden. Festzuhalten ist erstens nur, dass das deutsche Glücksspielrecht schon bei grober Betrachtung zweigeteilt ist: Lotterien und Sportwetten sind durch den Glücksspielstaatsvertrag – im Grundsatz auch nach den Änderungen im Glücksspieländerungsstaatsvertrag – einem staatlichen Monopol unterworfen, während Pferderennenwetten, Automaten-spiel und Spielbanken von verschiedenen Regelungen erfasst werden, die bei allen Unterschieden durch die Gemeinsamkeit gekennzeichnet sind, dass auch private Veranstalter Zugang zu diesem Markt haben.⁴⁸ Und entscheidend ist zweitens, dass einige Aspekte in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes und andere in die der Länder fallen.⁴⁹ Eine europarechtlich geforderte Gesamtkohärenz kann deshalb nur unter Einbeziehung beider Ebenen gelingen. Das Gebot bundesfreundlichen Verhaltens ist in seiner verfahrensrechtlichen Komponente insoweit schon dadurch verletzt, dass die Länder es unterlassen haben, sich bei der Änderung des Glücksspielstaatsvertrages mit dem Bund abzustimmen.⁵⁰

V. Räumliche Beschränkung als Beeinträchtigung von Freiheitsrechten

In materieller Hinsicht erweisen sich die Regelungen des GlüStV n. F. in Bezug auf die Regionalisierung des Glücksspielrechts als unbestimmt und unverhältnismäßig. Sie verletzen deshalb sowohl die Grundfreiheiten wie auch das Grundrecht der Berufsfreiheit.

1. Vermittlung von Glücksspiel als Dienstleistung und Beruf

Glücksspiele und ihre Vermittlung fallen in den Anwendungsbereich des Unionsrechts.⁵¹ Je nach konkretem Sachverhalt kommen entweder die Niederlassungs- oder die Dienstleistungsfreiheit als Maßstab in Betracht,⁵² sofern denn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt. Bei Internetdienstleistungen genügt bereits

47 BVerwG, Urt. v. 24. 11. 2010, 8 C 14.09, 8 C 15.09, Leitsatz 2 und 3; vgl. auch BVerwG, Urt. v. 11. 7. 2011, 8 C 11.10, 8 C 12.10, Leitsatz 2; bezugnehmend auf BVerwG, Urt. v. 24. 11. 2010, 8 C 14.09; siehe schließlich auch BVerwG Urt. v. 1. 6. 2011, 8 C 5.10.

48 So die zusammenfassende Einschätzung von *Diesbach/Ahlhaus*, ZUM 2011, 129.

49 Vgl. für die gewerbliche Spielvermittlung die Darlegung von *Pieroth*, Erlaubnispflicht für gewerbliche Spielvermittlung am Maßstab des Grundgesetzes, in: *Hermes/Horn/Pieroth*, Der Glücksspielstaatsvertrag, S. 3, 11 ff.; generell zur Kompetenzlage etwa *Fischer*, Das Recht der Glücksspiele im Spannungsfeld zwischen staatlicher Gefahrenabwehr und privatwirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, 2009, S. 79 ff.

50 Die minimalen Änderungen des Rennwett- und Lotteriegesetzes durch Art. 1 des Gesetzes zur Besteuerung von Sportwetten vom 29. 6. 2012, BGBl. I 2012, 1424, können nicht als hinreichende Abstimmung angesehen werden.

51 EuGH, Urt. v. 24. 3. 1994, Rs. C-275/92 (Schindler).

52 EuGH, Urt. v. 8. 9. 2010, Rs. C-409/06 (Winner-Wetten), zu weiteren Urteilen vgl. die Auflistung bei *Streinz/Kruis*, NJW 2010, 3745, Fußn. 6.

der grenzüberschreitende Bezug dieses Kommunikationsmediums zur Annahme eines grenzüberschreitenden Sachverhalts.⁵³ Die in Art. 51 Abs. 1 AEUV normierten Bereichsausnahmen von der Niederlassungs- bzw. von der Dienstleistungsfreiheit erfassen das Glücksspielrecht nicht.⁵⁴

Die Veranstaltung von Lotterien und ihre Vermittlung sind darüber hinaus auch grundrechtlich geschützt,⁵⁵ was für rein inländische Sachverhalte von Bedeutung ist. In persönlicher Hinsicht können sich sowohl deutsche wie nach der jüngsten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union auf das Grundrecht des Art. 12 GG berufen.⁵⁶

2. Räumliche Beschränkung als Beeinträchtigung

Die unions- und verfassungsrechtlichen Freiheitsgewährleistungen werden durch das Regelungsregime über die Vermittlung von Glücksspiel in mehrfacher Hinsicht beeinträchtigt. Schon das grundsätzliche Verbot der Vermittlung von Glücksspiel stellt einen Eingriff in die Grundfreiheiten⁵⁷ sowie in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit dar. Darüber hinaus liegt in jedem der zahlreichen Erlaubnisvorbehalte ein Eingriff in die Niederlassungs- bzw. in die Dienstleistungsfreiheit. Entsprechendes gilt für Art. 12 GG.⁵⁸

Auch die räumliche Beschränkung einer erteilten Erlaubnis nach § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n. F. sowie die Ausgestaltung des gebündelten Verfahrens nach § 19 Abs. 2 GlüStV n. F. sind als Eingriffe rechtfertigungsbedürftig. Denn erstens löst diese räumliche Beschränkung für jedes Bundesland, in dem eine gewerbliche Spielvermittlung erstrebt wird, einen weiteren Erlaubnisvorbehalt aus und wiederholt und intensiviert insoweit den Eingriff des Erlaubnisvorbehalts. Dies gilt umso mehr, als das Verbot der unerlaubten Veranstaltung und Vermittlung von Glücksspielen und der unerlaubten Veranstaltung und Vermittlung von Lotterien teils strafrechtlich und teils ordnungswidrigkeitenrechtlich bewehrt sind.⁵⁹ Und zweitens kann das Regelungsregime des GlüStV n. F. nicht nur, aber gerade gewerbliche Spielvermittler von außerhalb Deutschlands davon abhalten, von ihrer Dienstleistungsfreiheit bzw. ihrer Berufsfreiheit Gebrauch zu machen. Sie sehen sich den Alternativen gegenüber, entweder die Erlaubnis nur für ein Land zu beantragen, was sich angesichts des relativ kleinen Marktes auf der einen Seite und des hohen technischen und finanziellen Aufwands auf der anderen Seite kaum lohnen wird, oder aber ein auf-

53 EuGH, Urt. v. 10. 05. 1995, Rs. C-384/93 (Alpine Investments), Rdnr. 26 ff., 39 für Telefon-dienstleistungen (Verbot des ›cold calling‹); *Pielow*, in: BeckOK GewO, Edition 20, Stand 1. 10. 2012, § 1 Rdnr. 38.

54 *Sura*, Die grenzüberschreitende Veranstaltung von Glücksspielen im europäischen Binnenmarkt, 1995, S. 122; ihm folgend *Krieger*, JZ 2005, 1021, 1024.

55 Vgl. statt vieler beispielsweise *Vofskuhle*, Glücksspiel zwischen Staat und Markt, VerwArch 87 (1996), 395, 407 ff.

56 BVerfG, Beschluss vom 19. 7. 2011, BVerfGE 129, 78, Leitsatz 1.

57 Vgl. für die Niederlassungsfreiheit, EuGH, Urt. v. 6. 11. 2003, Rs. C-243/01 (Gambelli), Rdnr. 44; sowie für die Dienstleistungsfreiheit EuGH, Urt. v. 21. 9. 1999, Rs. C-124/97 (Läärä), Rdnr. 27; EuGH, Urt. v. 21. 10. 1999, Rs. C-67/98 (Zenatti), Rdnr. 27.

58 Statt vieler *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, 27. Aufl. 2011, Rdnr. 253.

59 Deutlich *Krieger*, JZ 2005, 1021, 1023.

wändiges und ungewisses Genehmigungsverfahren für mehrere oder alle Bundesländer zu betreiben bzw. kostenintensiv für sich betreiben zu lassen, ohne im Gegenzug zu dem Bürokratieaufwand eine verlässliche Rechtsgrundlage für die mittelfristige Kalkulation zu erhalten.⁶⁰ Die Eignung des Regelungsregimes, die Ausübung der Grundfreiheit zu unterbinden, zu verhindern oder auch nur weniger attraktiv zu machen, genügt nach der Rechtsprechung des EuGH, um die Rechtfertigungsbedürftigkeit wegen einer Beeinträchtigung der Grundfreiheiten auszulösen.⁶¹ Entsprechendes gilt nach dem modernen Eingriffsbegriff für die grundgesetzlich geschützte Berufsfreiheit.

Die Bündelung der Erteilung der landesrechtlichen Genehmigung nach § 19 Abs. 2 GlüStV n. F. ändert am Eingriffscharakter der räumlichen Beschränkung der Erlaubnis nichts. Denn diese Bündelung ist nur formaler Natur, nicht materieller. Die Genehmigungen selbst werden nach Maßgabe der Ausführungsgesetze der einzelnen Länder erteilt. Entgegen der Erklärung der Bundesregierung gegenüber der Europäischen Kommission im Notifizierungsverfahren nach Maßgabe der Richtlinie 98/34/EG ist es nicht zu einer harmonisierten Ausführungsgesetzgebung durch die Länder gekommen. Vielmehr unterscheiden sich die Ausführungsgesetze der Länder zum Teil erheblich. Zusätzlich eröffnet die staatsvertraglich vorgesehene Möglichkeit, die Erlaubnisse unter Nebenbestimmungen zu erteilen, der Exekutive einen Gestaltungsspielraum, dessen Wahrnehmung nicht prognostizierbar ist.

VI. Grenzen des politischen Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten

Die Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit und der Eingriff in die Berufsfreiheit lösen eine Rechtfertigungslast des GlüStV n. F. aus.

1. Irrelevanz fiskalischer Zielsetzungen

Dabei können die Regelungen des GlüStV n. F. wegen ihres unterschiedslosen Charakters nicht nur durch die – im Ergebnis nicht einschlägigen – Rechtfertigungsgründe des Art. 53 AEUV, sondern auch durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses im Sinne der *Cassis*-Rechtsprechung gerechtfertigt sein. Als solche Interessen hat der EuGH in seiner bisherigen Judikatur den Verbraucherschutz, den Schutz der Sozialordnung,⁶² die Beschränkung der Spieltätigkeit zur Vermeidung von Anreizen für Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Spielen,⁶³ die Eindämmung bzw. Bekämpfung der Spielsucht⁶⁴ sowie die Betrugsbekämpfung aner-

60 Skeptisch insofern auch die Europäische Kommission, Schreiben vom 18. 7. 2011, C (2011) 5319.

61 Siehe bspw. EuGH, Urt. v. 19. 2. 2006, Rs. C-244/04 (Kommission/Deutschland), Rdnr. 30; Urt. v. 21. 10. 2004, Rs. C-445/03 (Kommission/Luxemburg), Rdnr. 20; Urt. v. 12. 10. 2004, Rs. C-60/03 (Wolff & Müller), Rdnr. 31; Urt. v. 24. 1. 2002, Rs. C-164/99 (Portugaia Construções), Rdnr. 16.

62 EuGH, Urt. v. 24. 3. 1994, Rs. C-275/92 (Schindler), Rdnr. 58; Urt. v. 6. 11. 2003, Rs. C-243/01 (Gambelli), Rdnr. 63.

63 EuGH, Urt. v. 6. 3. 2007, Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04 (Placanica), Rdnr. 46; Urt. v. 6. 10. 2009, Rs. C-153/08 (Kommission/Spainien), Rdnr. 36; Urt. v. 8. 9. 2010, Rs. C-46/08 (Carman Media Group), Rdnr. 55.

64 EuGH, Urt. v. 3. 6. 2010, C-258/08 (Ladbroke), Rdnr. 26; Urt. v. 8. 9. 2010, Rs. C-316/07 (Stoß), Rdnr. 102.

kannt.⁶⁵ Solche Zielsetzungen verfolgt ausweislich seines § 1 auch der GlüStV n. F. Insofern liegt es nahe, dass die Vorschriften über die Erlaubnis der gewerblichen Spielvermittlung vorbehaltlich der weiteren Prüfung jedenfalls gerechtfertigt sein können. Doch zwei Aspekte sind hervorzuheben:

Zum einen können die allgemeinen Zielsetzungen des § 1 GlüStV n. F. nicht pauschal sämtliche Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen. Vielmehr ist in Bezug auf jede einzelne Beeinträchtigung zu prüfen, inwieweit sie tatsächlich den genannten Zielsetzungen dient. Insofern ist jedenfalls auf den ersten Blick nicht erkennbar, in welchem Zusammenhang die räumliche Begrenzung der Erlaubnis auf das Gebiet des jeweiligen Landes zu den Zielsetzungen der Suchtbekämpfung, der Vorbeugung von Glücksspielen in Schwarzmärkten, dem Jugend- und Spielerschutz oder der Betrugsbekämpfung steht.

Zum anderen vermögen fiskalische Zwecke nach der Rechtsprechung des EuGH Beschränkungen der Grundfreiheiten von vornherein nicht zu rechtfertigen.⁶⁶ Auch die Verwendung der aus einer Beschränkung erzielten Abgaben und Erträge zur Finanzierung gemeinnütziger Interessen rechtfertigt Beschränkungen nicht, sondern kann allenfalls nützliche Nebenfolge sein.⁶⁷ Und schließlich können auch Aspekte der Verwaltungsvereinfachung, können auch »rein administrative Erwägungen« Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit nicht rechtfertigen.⁶⁸ Sofern diese im GlüStV n. F. nicht genannten Zielsetzungen die treibenden Motive hinter der Ausgestaltung des Erlaubnisregimes des GlüStV n. F. sein sollten, könnten sie die Beeinträchtigungen der Dienstleistungsfreiheit von vornherein nicht rechtfertigen. Entsprechendes gilt für Eingriffe in die Berufsfreiheit: Fiskalische Interessen bieten keine verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlage.⁶⁹ Ebenso wenig ist der Schutz vor Konkurrenz⁷⁰ oder gar das Vermeiden von Wettbewerb ein legitimes Ziel im Rahmen der Berufsfreiheit.⁷¹ Das Verhalten im Wettbewerb gehört zur Berufsausübung und zum Schutzbereich der Berufsfreiheit, sodass umgekehrt die Freiheit

65 EuGH, Urt. v. 6. 3. 2007, Rs. C-338/04 u. a., (Placanica), Rdnr. 52; Urt. v. 8. 9. 2009, Rs. C-42/07 (Liga Portuguesa), Rdnr. 63; vgl. dazu auch *Noll-Ehlers*, EuZW 2008, 522.

66 EuGH, Urt. vom 6. 6. 2000, Rs. C-35/98 (Verkooijen), Rdnr. 48; Urt. v. 6. 10. 2009, Rs. C-153/08 (Kommission/Spainien), Rdnr. 43; Urt. v. 16. 1. 2003, Rs. C-388/01 (Kommission/Italien), Rdnr. 22; Urt. v. 8. 9. 2010, Rs. C-316/07 (Stoß), Rdnr. 105.

67 EuGH, Urt. v. 24. 3. 1994, Rs. C-275/92 (Schindler), Rdnr. 60; Urt. v. 3. 6. 2010, Rs. C-258/08 (Ladbroke), Rdnr. 28.

68 EuGH, Urt. v. 4. 12. 1986, Rs. C-205/84 (Kommission/Deutschland), Rdnr. 54; Urt. v. 3. 10. 2000, Rs. C-58/98 (Corsten), Rdnr. 42; Urt. v. 23. 11. 1999, verb. Rs. C-369/96 u. a. (Arblade), Rdnr. 37; Urt. v. 4. 12. 1986, Rs. 205/84 (Kommission/Deutschland), Rdnr. 54; Urt. v. 21. 1. 2010, Rs. C-546/07 (Kommission/Deutschland), Rdnr. 51. Vgl. aus der Literatur *Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 48. EL 2012, Art. 45 AEUV Rdnr. 386; *Frenz*, *Handbuch Europarecht* Bd. 1, 2004, Rdnr. 1701; *Randelzhofer/Forsthoff*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fußn. 68), Art. 56/57 AEUV Rdnr. 173; *Müller-Graff*, in: *Streinz* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 56 AEUV Rdnr. 108.

69 Vgl. *Scholz*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *GG*, Art. 12 Rdnr. 113, 111.

70 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 4. 4. 1990, BVerfGE 82, 18, 28; Beschluss vom 29. 10. 1997, BVerfGE 97, 12, 31; Beschluss vom 8. 6. 2010, BVerfGE 126, 112, 143.

71 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. 10. 1968, BVerfGE 24, 236, 251; Beschluss vom 1. 2. 1973, BVerfGE 34, 252, 256.

von Wettbewerb nicht von Art. 12 Abs. 1 GG geschützt werden kann. Im Gemeininteresse liegt Wettbewerb, nicht seine Verhinderung.⁷² Auch die Verwendung der Einnahmen für gemeinnützige Zwecke kann nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden, weil Verwaltungsmonopole nicht durch einen Fiskalzweck, sondern durch einen Sachzweck gerechtfertigt werden.⁷³

2. Unbestimmtheit der Erlaubnisvorschrift

Im Übrigen sind nach ständiger Rechtsprechung des EuGH besondere materielle und prozedurale Anforderungen an Konzessions- bzw. Erlaubnissysteme zu stellen. Ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung muss danach u. a.⁷⁴ »auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, die der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen setzen, so dass diese nicht willkürlich erfolgen kann.«⁷⁵ Der EuGH thematisiert diese Anforderungen unter dem Grundsatz des Transparenzgebots und stellt damit zwei Aspekte in den Vordergrund: den europaweiten Markt einerseits und eine mögliche Kontrolle der Konzessionsvergabe andererseits.⁷⁶

Diese Anforderungen entsprechen auch allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen. Hinter ihnen verbergen sich das Bestimmtheitsgebot, der Gesetzesvorbehalt sowie das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz – rechtsstaatliche Grundsätze mithin, die sowohl das Europarecht als auch das Verfassungsrecht prägen. Bereits das Bestimmtheitsgebot verlangt ganz allgemein, dass die Normunterworfenen ihre Rechte und Pflichten erkennen können. Im Bereich des Wirtschaftslebens wie in allen anderen Bereichen auch kommt ihm insoweit auch eine Bedeutung zu, als es die gleichmäßige Anwendung des Gesetzes ebenso ermöglichen wie sicherstellen soll. Je unbestimmter eine Regel ist, desto weniger ist eine gleichmäßige Ermessensausübung gewährleistet, desto höher ist also die Gefahr der Beeinträchtigung mindestens von Gleichheitsrechten, unter Umständen auch von Freiheitsrechten. In engem Zusammenhang damit legt der Gesetzesvorbehalt – präzisiert durch die Wesentlichkeits-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – dem Gesetzgeber auf, entsprechend seiner unmittelbaren demokratischen Legitimation wesentliche Dinge selbst zu regeln und sie nicht in die Entscheidung der Verwaltung zu legen. Die Steuerungsdichte der gesetzlichen Regelungen muss dabei umso größer sein, je höher das Risiko ist, dass Rechtsverletzungen auftreten.

Diesen Anforderungen genügt nur die räumliche Beschränkung der Erlaubnis auf ein Land nach Maßgabe des § 9 Abs. 4 Satz 1 GlüStV n. F. Die Norm ist für sich genommen so bestimmt, dass eine willkürliche Entscheidung der zuständigen Behörde insoweit ausgeschlossen werden kann.

Indes hängt der räumliche Anwendungsbereich der Erlaubnis davon ab, dass überhaupt eine Erlaubnis erteilt wird. Diesbezüglich genügt § 4 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GlüStV n. F. den skizzierten rechtsstaatlichen Anforderungen nicht. Schon die Ausgestaltung als repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt führt dazu, dass

keine positiven Voraussetzungen genannt werden, bei deren Vorliegen eine Erlaubnis zu erteilen wäre. Vielmehr definiert § 4 Abs. 3 GlüStV n. F. nur negative Bestimmungen, die nicht vorliegen dürfen. Da ein Rechtsanspruch auf die Erteilung der erforderlichen Genehmigung gerade nicht bestehen soll, kann eine gerichtliche Kontrolle einer ablehnenden Entscheidung nur anhand der allgemeinen Ermessensfehlerlehre erfolgen. Doch mangels ermessensleitender gesetzlicher Vorschriften wird es den Gerichten kaum möglich sein, ablehnende Entscheidungen auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Die Kriterien, anhand derer über die Beantragung einer Erlaubnis zur gewerblichen Spielvermittlung entschieden wird, sind weder ex ante für potentielle Antragsteller noch ex post für kontrollierende Gerichte erkennbar. Daran ändern die in den Ausführungsgesetzen verschiedentlich enthaltenen Voraussetzungen nichts substantiell. Vielmehr werden die Unbestimmtheit und die aus ihr folgende Unberechenbarkeit noch deutlicher, wenn man die Möglichkeit der Anordnung von Nebenbestimmungen einbezieht. Das Regelungssystem schließt willkürliche Entscheidungen bei der Ermessensausübung gerade nicht aus, sondern ermöglicht sie vielmehr. Es wird somit deutlich, dass die Ausgestaltung des repressiven Verbots mit Befreiungsvorbehalt die exklusive Aufgabenzuweisung an staatlich beherrschte Gesellschaften akzessorisch absichern soll.⁷⁷

3. Unverhältnismäßigkeit

Ungeachtet ihrer Unbestimmtheit ist die Regionalisierung auch unverhältnismäßig.

a) Präzisierung des Maßstabs

Der EuGH hat den Maßstab der Verhältnismäßigkeit, insbesondere den Maßstab der Eignung, in solchen Fällen, in denen er den Mitgliedstaaten weitreichende nationale Gestaltungsbefugnisse zuerkennt,⁷⁸ durch die Forderung nach »kohärenten und systematischen« Ausgestaltung der nationalen Rechtsordnung konkretisiert. Dem zugebilligten weiten Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten kontrastiert der Anspruch an eine Folgerichtigkeit der gesetzlichen Regelungen in Bezug auf die von ihnen verfolgten Ziele.⁷⁹ Ungeachtet begrifflicher Unterschiede zwischen Kohärenz und Folgerichtigkeit wird das Gesetz – und mehr noch: das gesamte Regelungssystem – zum Maßstab seiner selbst. Eine solche Selbstbindung mag sich (im nationalen Recht) gewichtigen Einwänden gegenüber sehen,⁸⁰ ist im Unionsrecht aber funktional für den EuGH und letztlich auch für die Mitgliedstaaten darauf ausgerichtet, protektionistische Maßnahmen der Mitgliedstaaten identifizieren und für unionsrechtswidrig erklären zu können, ohne die mitgliedstaatlichen Ziele einer inhaltlichen Kontrolle zu unterwerfen. Die Forderung nach einer »kohärenten und systematischen« Ausgestaltung des Glücksspiel- bzw. Wettrechts ist damit zur maßgeblichen Formel geworden, die der EuGH in ständiger Rechtsprechung an-

77 So Koenig/Bache, ZfWG 2011, 7, 8.

78 So der Eindruck von Frenz, EuR 2012, 344, 347.

79 Schorkopf, DÖV 2012, 260, 264, spricht von einer »zielbezogenen Kohärenz«.

80 Vgl. abw. Meinung Masing, BVerfG, Beschluss vom 30. 7. 2008, BVerfGE 121, 317, 381 f.; Rossi (Fußn. 45), S. 160 ff.

72 So deutlich Kämmerer, in: v. Münch/Kunig, GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 12 Rdnr. 72 unter Verweis auf BVerfG, Urteil vom 11. 6. 1958, BVerfGE 7, 377, 408; Urteil vom 8. 6. 1960, BVerfGE 11, 168, 188 f.; Urteil vom 5. 12. 1995, BVerfGE 93, 362, 370.

73 Deutlich Jahndorf, Veranstaltung von Glücksspielen durch Private, VerwArch 95 (2004), 359, 371.

74 Zu weiteren Konzessionsbedingungen knapp Streinz/Kruis, NJW 2010, 3745, 3748.

75 EuGH, Urt. v. 3. 6. 2010, Rs. C-203/08 (Sporting Exchange), Rdnr. 50; Urt. v. 8. 9. 2010, Rs. C-46/08 (Carmen Media Group), Rdnr. 87.

76 EuGH, Urt. v. 16. 2. 2012, Rs. C-72/10 (Costa und Cifone), Rdnr. 54 ff.

wendet und die daher für die mitgliedstaatlichen Gerichte und Behörden verbindlich ist.⁸¹ Dabei hat der EuGH mehrfach hervorgehoben, dass es letztlich in die Aufgabe der nationalen Gerichte falle, darüber zu befinden, ob die konkreten Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages mit den europarechtlichen Vorgaben in Einklang stünden oder nicht.⁸² Er hat deshalb, wie es für Vorabentscheidungsverfahren charakteristisch ist, nur allgemeingültige Maßstäbe festgelegt, die von den nationalen Gerichten beachtet werden müssen.⁸³ Um den nationalen Gerichten – wie nicht zuletzt auch sich selbst – die schwierige Aufgabe zu erleichtern, die Gesamtkohärenz eines Regelungsgebietes erkennen und bewerten zu können, hat der EuGH die Forderung nach einer materiellen Kohärenz jüngst durch eine Verschärfung der formalen Darlegungslasten ergänzt.⁸⁴ Die Mitgliedstaaten treffen nach dieser Entscheidung umfassende Darlegungspflichten, wenn sie sich auf eine Monopolstellung berufen wollen.⁸⁵ Auch ohne die ausdrückliche Benennung solcher Darlegungslasten ist im Zweifel für die Grundfreiheiten, ist »in dubio pro libertate« zu entscheiden.

Als gerichtlich entwickelte Rechtsfigur ist die dogmatische Einordnung des Kohärenzprinzips noch offen. Während der EuGH und ihm folgend etwa auch das Bundesverwaltungsgericht die Kohärenz im Rahmen der Eignung der Verhältnismäßigkeitsprüfung thematisieren, wird es in der Literatur zum Teil schon auf der Ebene der Ziellegitimität verortet,⁸⁶ zum Teil als spezifisch unionsrechtliche Schrankenschanke verstanden⁸⁷ und zum Teil insgesamt als eigener Prüfungsmaßstab in Frage gestellt,⁸⁸ was indes in der Rechtspraxis auf eine Korrektur der Rechtsprechung hinauslief, die nur der EuGH selbst vornehmen könnte.

b) Abwägungsrelevante Zielsetzungen

Nach § 1 GlüStV n. F. zielt der novellierte Staatsvertrag gleichrangig auf die fünf Ziele,

1. das Entstehen von Glücksspielsucht und Wertsucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen,
2. durch ein begrenztes, eine geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel darstellendes Glücksspielangebot den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken sowie der Entwicklung und Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten entgegenzuwirken,
3. den Jugend- und den Spielerschutz zu gewährleisten,

81 Vgl. EuGH, Urt. v. 6. 11. 2003, Rs. C-243/ 01 (Gambelli), Rdnr. 67; Urt. v. 6. 3. 2007, Rs. C-338/04 u. a. (Placanica), Rdnr. 53; Urt. v. 10. 3. 2009, Rs. C-169/07 (Hartlauer), Rdnr. 55; Urt. v. 8. 9. 2009, Rs. C-42/07 (Liga Portuguesa), Rdnr. 61; jüngst auch Urt. v. 15. 9. 2011, Rs. C-347/09 (Dickinger und Ömer), Rdnr. 56.

82 EuGH, Urteil vom 8. 9. 2010, Rs. C-316/07 (Stoß); Urteil vom 8. 9. 2010, Rs. C-46/08 (Carmen Media Group).

83 Deutlich *Schorkopf*, DÖV 2012, 260, 267.

84 So auch die Einschätzung von *Marberth-Kubicki/Hambach/Berberich*, K&R 2012, 27, 30.

85 EuGH, Urt. v. 15. 9. 2011, Rs. C-347/09 (Dickinger und Ömer), Rdnr. 56.

86 *Dederer*, NJW 2010, 198, 199.

87 *Lippert*, EUR 2012, 90, 92.

88 *Pagenkopf*, NVwZ 2011, 513, 515 f.; zur ähnlichen Figur der Folgerichtigkeit vgl. *Rossi* (Fußn. 45), S. 157.

4. sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß durchgeführt, die Spieler vor betrügerischen Machenschaften geschützt, die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleitkriminalität abgewehrt werden und
5. Gefahren für die Integrität des sportlichen Wettbewerbs beim Veranlassen und Vermitteln von Sportwetten vorzubeugen.

Gegenüber dem alten Glücksspielstaatsvertrag unterscheiden sich diese neuen Zielsetzungen nur dadurch, dass nun zusätzlich die Bekämpfung des Schwarzmarktes (§ 1 Nr. 2 a.E. GlüStV n. F.) sowie der Schutz der Integrität des Sports (§ 1 Nr. 5 GlüStV n. F.) aufgenommen wurden.⁸⁹ Dieses letzte Ziel ist für die rechtliche Beurteilung der Regionalisierung der Lotterien irrelevant, sodass sich der Unterschied zur alten Regelung auf die Bekämpfung des Schwarzmarktes beschränkt. Sämtliche diese Ziele sind legitim, um Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten bzw. Eingriffe in die Berufsfreiheit zu rechtfertigen.

c) Fehlende Eignung

Allerdings ist die Beschränkung der Erlaubnis auf das Hoheitsgebiet eines Landes jedenfalls dann, wenn man das europarechtliche Erfordernis der Kohärenz als Element der Eignung versteht, aus vier Gründen ungeeignet zur Zielerreichung:

Sie ist erstens schon ungeeignet im überkommenen Sinne, weil die räumliche Beschränkung als formale Begrenzung der Erlaubnis in keinem Zusammenhang zu den materiellen Zielsetzungen des § 1 GlüStV n. F. steht.⁹⁰ Sie kann deren Verwirklichung deshalb weder gewährleisten noch gefährden, sondern verhält sich zu diesen Zielen schlicht neutral. Sollte dies im Sinne eines weiten Verständnisses noch vom Maßstab der Eignung gedeckt sein, genügt es angesichts der doch erheblichen freiheitsbeeinträchtigenden Wirkungen der räumlichen Beschränkung jedenfalls nicht dem strengeren Maßstab der Erforderlichkeit. Zugleich wird deutlich, dass die räumliche Beschränkung offensichtlich anderen, vom GlüStV n. F. nicht genannten Zielen zu dienen bestimmt ist, etwa der Sicherung der Monopolstellung der einzelnen Landes-Lotteriegesellschaften.

Dem Kohärenzprinzip widerspricht es zweitens, dass hinsichtlich des Genehmigungsverfahrens zwischen der internen Spielvermittlung durch die Landes-Lottogesellschaften selbst und der externen Spielvermittlung durch gewerbliche Anbieter differenziert wird. Denn während der Gemeinsamen Klassenlotterie der Länder und den Lotterien-Einnehmern die Erlaubnis nach § 9a Abs. 1 GlüStV n. F. erstens in einem ländereinheitlichen Verfahren und zweitens für das Gebiet aller Länder erteilt wird, benötigen die gewerblichen Spielvermittler nach § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n. F. für jedes Land eine gesonderte Erlaubnis, über die nicht in einem ländereinheitlichen Verfahren, sondern gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 GlüStV n. F. in dem bereits beschriebenen gebündelten Verfahren entschieden wird. Dies ist inkohärent, denn wenn die räumliche Beschränkung der Erlaubnisse für die gewerbliche Spielvermittlung im Interesse und zur Durchsetzung der von § 1 GlüStV n. F. genannten Ziele geboten sein sollte, dann wird die Zielverwirklichung dadurch in Frage gestellt und konterkariert, dass die Erlaubnisse für die Gemeinsame Klassenlotterie der Länder in einem ländereinheitlichen Verfahren für alle Länder erteilt werden.

89 So auch der Befund von *Hecker*, WRP 2012, 526.

90 Deutlich zur parallelen bisherigen Rechtslage VG Berlin, Urt. v. 22. 9. 2008, VG 35 A 15.08, 35; VG Halle, Urt. v. 11. 11. 2010, ZfWG 2011, 61; VG Chemnitz, Urt. v. 3. 3. 2011, SächsVBl 2011, 188; VG Gelsenkirchen, Urt. v. 6. 4. 2011, 7 K 6737/08.

Gleiches gilt drittens in Hinsicht auf die vom EuGH in den Blick genommene Gesamtkohärenz für die Vermittlung von Sport- und Pferdewetten, die anderen Bestimmungen folgt als die Vermittlung von Glücksspiel. Die Veranstaltung – und im Ergebnis auch die Vermittlung – von Sportwetten profitiert nach § 9a Abs. 2 Nr. 3 i. V. m. § 10 a Abs. 2 und § 4a GlüStV n. F. ebenfalls von einer Erlaubnis, die in einem einzigen Verfahren für alle Länder erteilt wird. Gleiches gilt nach § 27 Abs. 2 Satz 2 GlüStV n. F. für Pferdewetten. Auch hier fehlt es an einem sachlichen, durch die in § 1 GlüStV n. F. genannten Ziele begründeten Anknüpfungspunkt für die unterschiedliche Behandlung. Entweder ist die räumliche Begrenzung der Erlaubnisse erforderlich zur Gewährleistung der Ziele und muss dann für sämtliche Bereiche gelten, die vom GlüStV n. F. geregelt werden, oder sie ist nicht erforderlich und darf dann auch nicht für den Teilbereich der gewerblichen Vermittlung von Glücksspiel zur Anwendung gelangen.

Schließlich ist die räumliche Begrenzung der Erlaubnis für die gewerbliche Vermittlung von Glücksspiel auch insoweit inkohärent, als sie sich nicht auf ein bundesweites Gesamtkonzept im Umgang mit sämtlichen Glücksspielarten stützen lässt und ein solches auch nicht im Vertrags- bzw. Ratifikationsverfahren dargelegt wurde.

d) Freiheits- und wettbewerbssichernde Alternativen

In keinem Falle passiert die räumliche Beschränkung der Erlaubnis nach § 9 Abs. 4 Satz 1 GlüStV n. F. den engeren Filter der Erforderlichkeit. Denn angesichts der Eignung der Klausel, die Wahrnehmung der Freiheitsrechte weniger attraktiv zu machen, und angesichts insbesondere auch greifbarer Alternativen geht sie deutlich über das hinaus, was zur Erreichung der Ziele erforderlich ist. Selbst wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht (und anders als der EuGH) nur ein »Mindestmaß an Konsistenz«, nicht hingegen eine »Kohärenz und Systematik des gesamten Glücksspielsektors einschließlich des gewerberechtlich zugelassenen Automatenspiels«,⁹¹ fordert, kann die Erforderlichkeit der räumlichen Beschränkung der Erlaubnis nicht begründet werden. Denn mit einer bundesweit geltenden, möglicherweise in einem einheitlichen Verfahren erteilten Erlaubnis ist ein Mittel erkennbar, das die Berufsfreiheit der gewerblichen Spielvermittler deutlich weniger beschneidet und die Ziele des § 1 GlüStV n. F. doch ebenso gut verwirklicht wie mehrere in einem gebündelten Verfahren erteilten Erlaubnisse für die einzelnen Länder.

aa) Bundesweite Erlaubnis als milderes Mittel

Eine bundesweit geltende Erlaubnis trägt dem Umstand Rechnung, dass der relevante Markt für die gewerbliche Spielvermittlung das gesamte Bundesgebiet ist. Eine solche Erlaubnis würde – einmal erteilt – die gewerblichen Spielvermittler berechtigen und befähigen, ihre Dienste in allen Bundesländern und also allen Landes-Lotteriegesellschaften anzubieten. Sie agierten unter denselben Bedingungen auf einem bereits quantitativ sehr viel größeren Markt und müssten sich nicht auf unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen einstellen.

91 BVerfG, Beschluss vom 20. 3. 2009, 1 BvR 2410/08, Rdnr. 17, 24; unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 28. 3. 2006, BVerfGE 115, 276.

bb) Bundesweite Erlaubnis als zulässiges und gebotenes Mittel

Eine bundesweit geltende Erlaubnis ist auch ein zulässiges Mittel. Grundsätzlich entspricht der räumliche Geltungsbereich eines Verwaltungsakts zwar dem Geltungsbereich der ihm zu Grunde liegenden Rechtsnorm.⁹² Bezogen auf das jeweilige Ausführungsgesetz des Landes scheint der Geltungsbereich einer auf der Grundlage von Landesrecht erlassenen Vorschrift tatsächlich nur das Land zu sein. Doch drei Besonderheiten sind in Bezug auf den Glücksspieländerungsvertrag zu berücksichtigen:

Erstens muss der Zusammenhang mit den strafrechtlichen Bestimmungen bedacht werden. Bei verwaltungsrechtsakzessorischen Straftatbeständen, wie sie die §§ 284 ff. StGB darstellen, bestimmt sich jedenfalls die strafrechtliche Beurteilung nicht zwangsläufig nach dem Geltungsbereich einer landesrechtlichen Veranstalterlaubnis im verwaltungsrechtlichen Sinne. Zwar gehen viele Verwaltungsgerichte davon aus, dass die strafrechtliche Wirkung des § 284 StGB wegen dessen Verwaltungsakzessorietät vom verwaltungsrechtlichen Geltungsbereich der jeweiligen Genehmigung abhängt.⁹³ Indes sieht sich diese Rechtsprechung in weiten Teilen der Literatur großer Kritik ausgesetzt, die zum Teil auch bereits die verwaltungsgerichtliche Judikatur beeinflusst hat. Immerhin hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass bundesgesetzliche Straftatbestände auch einer bundeseinheitlichen Auslegung und Anwendung bedürfen.⁹⁴ Eine nach Landesrecht erteilte Erlaubnis befreie deshalb bundesweit von der Strafbarkeit.⁹⁵ Diese Auslegung wird gestützt durch einen Vergleich mit dem Umweltstrafrecht. Auch die umweltstrafrechtlichen Tatbestände sind durch eine Verwaltungsrechtsakzessorietät charakterisiert, die wegen der Kompetenzverteilung im Bereich der Ausführung von Gesetzen zwischen Bund und Ländern nach Art. 83 ff. GG dazu führt, dass jeweils nur eine Landesbehörde über die Genehmigung und mit ihr über die Strafbefreiung entscheidet. Hier wird nicht ernsthaft darüber diskutiert, ob der Betreiber einer Anlage, die in einem Bundesland genehmigt wurde, sich in einem anderen Bundesland strafbar macht. Zudem gelingt die vom Bundesverfassungsgericht verlangte bundeseinheitliche Anwendung von verwaltungsakzessorischen Strafvorschriften des Bundesrechts nur, wenn eine einmal erteilte Glücksspielerlaubnis eine bundesweit straffausschließende Wirkung entfaltet, und zwar unabhängig davon, ob eine Bundesbehörde oder eine Landesbehörde für die Erlaubniserteilung zuständig ist.⁹⁶

Diese Erwägung wird weiterhin durch eine entstehungsgeschichtliche Betrachtung bestätigt, denn zum bereits damals eingeführten Straftatbestand der unerlaubten Veranstaltung einer Lotterie wurde festgehalten, dass die Lotterie, die in einem Bundesstaat genehmigt ist, im ganzen Deutschen

92 Vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht I, 12. Aufl. 2007, § 48 Rdnr. 47.

93 Vgl. beispielsweise BVerwG, Beschluss vom 21. 6. 2006, BVerwGE 126, 149, 158; sowie zahlreiche weitere Nachweise in Fußn. 230 bei Fischer (Fußn. 49), S. 139.

94 So etwa VGH München, Urteil vom 29. 9. 2004, GewArch 2005, 78, 79 f.

95 So etwa Horn, NJW 2004, 2047, 2051 f.; Horn/Fischer, GewArch 2005, 217 f.; Fischer (Fußn. 49) S. 140 f. mit zahlreichen weiteren Nachweisen in Fußn. 235.

96 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. 3. 2004, BVerfGE 110, 141, 174 ff.; näher Fischer (Fußn. 49), S. 143.

Reich als genehmigte Lotterie gelte.⁹⁷ Im Ergebnis steht deshalb der bundeseinheitliche Geltungsanspruch des Strafgesetzbuchs der räumlichen Beschränkung der strafrechtlichen Erlaubniswirkung landesbehördlicher Glücksspielzulassung entgegen.⁹⁸

Neben dem Zusammenhang mit verwaltungsakzessorischen Strafvorschriften ist schließlich aber vor allem zu berücksichtigen, dass die räumliche Beschränkung der Erlaubnis im Gegensatz zu ihrer länderübergreifenden rechtlichen Fundierung steht. Die Form des Staatsvertrags als Mittel der Koordination der landesrechtlichen Bestimmungen steht insoweit schon strukturell im Widerspruch zur räumlichen Beschränkung seines wesentlichen Inhalts. Der Sache nach begründet ein omnilateraler Staatsvertrag eine bundesweite Regelung. Wenn die Länder aber ihre Befugnisse auf diese Art und Weise miteinander verschmelzen, dann kann und darf sich dies auch in der Reichweite der behördlichen Genehmigungen niederschlagen. Die Zulässigkeit der länderübergreifenden Wirkungen eines Verwaltungsakts zeigt sich insbesondere in der Vorschrift des § 9a Abs. 1 GlüStV n. F., der zahlreiche Fälle betrifft, in denen eine länderübergreifende Erlaubnis erteilt wird.

cc) Bundesweite Erlaubnis als gleich geeignetes Mittel

Schließlich sei betont, dass die in § 1 GlüStV n. F. genannten Ziele mittels einer länderübergreifenden Erlaubnis ebenso gut erreicht werden können wie mit der Summe von bis zu 16 einzelnen Genehmigungen. Keines der Ziele wird durch eine solche bundesweite Genehmigung von gewerblicher Spielvermittlung in Frage gestellt. Insofern ist im Ergebnis festzuhalten, dass die räumliche Beschränkung der Erlaubnis nach § 9 Abs. 4 S. 1 GlüStV n. F. jedenfalls nicht erforderlich ist, um die in § 1 GlüStV n. F. gesetzten Ziele zu erreichen.

e) Angemessenheit

Sofern man die Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers im Rahmen der Erforderlichkeit noch für sachlich und rechtlich geboten erachtete, bliebe die Angemessenheit zu prüfen. In dieser eigentlichen Abwägung zwischen den vom Gesetzgeber benannten Zielen und der belastenden Wirkung für die gewerblichen Glücksspielvermittler wäre dann zusätzlich zu den bislang vorgetragenen Argumenten noch die Unsicherheit in Bezug auf die legalisierende Wirkung einer Erlaubnis zu berücksichtigen. Denn weil bei fehlender Erlaubnis nicht nur verwaltungsrechtliche, sondern auch strafrechtliche Konsequenzen drohen, ist der Eingriff als besonders schwer zu qualifizieren. Zwar kommt auch einer nur landesweit erteilten Erlaubnis nach der hier vertretenen Rechtsauffassung bundesweit eine strafbefreiende Wirkung zu, doch unumstritten ist dies – wie ausgeführt – nicht.⁹⁹ Insofern würde eine länderübergreifende, bundesweit geltende Erlaubnis jeden Zweifel am Umfang der Legalisierungswirkung des Verwaltungsakts nehmen.

Eine dogmatisch saubere Prüfung am Maßstab der Drei-Stufen-Theorie im Rahmen der Angemessenheit fiel nicht leicht, wäre aber auch nicht erforderlich. Sie fiel nicht leicht, weil die gesetzlichen Vorschriften – in Folge ihrer verfassungswidrigen Unbestimmtheit – den zuständigen Behörden so viel Gestaltungsspielraum überlassen, dass nicht exakt festgestellt werden kann, ob die besondere Schwere eines Eingriffs schon auf der gesetzlichen Grundlage beruht oder erst Folge ihrer Anwendung durch die Behörden ist. Allerdings müssen Bestimmtheitsgebot und Verhältnismäßigkeitsprinzip insoweit zusammen betrachtet werden: Wenn unbestimmte Regeln schwere Eingriffe in die Berufsfreiheit erst ermöglichen, dann liegt die Verantwortung hierfür beim Gesetzgeber. Dies gilt mehr noch als bei »normalen« Gesetzen ganz generell für die Ratifizierung von Staatsverträgen sowie besonders in Bezug auf den GlüStV n. F. Denn generell ist die Rolle der Parlamente bei Staatsverträgen auf eine Ratifikationsfunktion zurückgenommen. Die Exekutive hat mehr noch als bei »normalen« Gesetzesentwürfen im Blick, wie die von ihr verfassten Gesetze in der Praxis angewendet werden. Dementsprechend kann der Vertragstext umso unbestimmter ausfallen, je mehr die ihn aushandelnde Exekutive im Vorhinein weiß, wie er später ausgeführt wird. Für den Glücksspielstaatsvertrag gilt dies umso mehr, als letztlich nur eine einzige Behörde über die Erteilung der Erlaubnisse entscheidet und somit noch nicht einmal im innerexekutiven Wettbewerb eine Sicherung der verhältnismäßigen Anwendung erfolgt. Insofern fallen etwaige unverhältnismäßige Anwendungen des GlüStV n. F. direkt in die Verantwortung des Gesetzgebers.

Vor diesem Hintergrund mag man die Erlaubnisvorbehalte des GlüStV n. F. ebenso wie auch die räumliche Beschränkung der Erlaubnis schon als Eingriff in die Berufswahlfreiheit begreifen. Denn wenn für die gewerbliche Spielvermittlung allein ein bundesweiter Markt wirtschaftlich lohnend erscheint, dann impliziert jede räumliche Beschränkung dieser Erlaubnis die Möglichkeit, dass die Tätigkeit als gewerblicher Spielvermittler überhaupt nicht ausgeübt wird.

Die exakte Bestimmung der Eingriffsstufe ist aber aus zwei Gründen nicht von besonderer Bedeutung. Zum einen ist die Drei-Stufen-Theorie des Bundesverfassungsgerichts ohnehin nur eine Ausprägung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips, die sich insofern auch durch eine allgemeine je-desto-Formel ersetzen lässt: Je intensiver der Eingriff in die Berufsfreiheit, desto höher sind die Anforderungen an die Rechtfertigung für diesen Eingriff.¹⁰⁰ Zum anderen hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des deutschen Sportwettenmonopols vom 28. 3. 2006 die Drei-Stufen-Theorie selbst nicht in der üblichen Weise angewendet.¹⁰¹ Dies mag bedauert werden, denn es verstellt ein wenig den Blick dafür, dass sich staatliche Monopole als objektive Berufswahlbeschränkungen auswirken und deshalb an sich nur zur Abwehr »nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeingut« gerechtfertigt werden können.¹⁰² Doch zugleich hat das Bundesverfassungsgericht verschiedene Gemeinwohlbelange benannt, die Eingriffe in die Berufsfreiheit prinzipiell zu rechtfertigen vermögen. Im Zusammenhang mit weiteren Zielbestimmungen, die zur Rechtfertigung von Eingriffen umgekehrt nicht in Betracht kommen, lässt sich die Verhältnismäßigkeit der maßgeblichen Bestimmungen des GlüStV n. F. verlässlich beurteilen.

97 Rönnberg, JW 1911, 436, 437, zitiert nach Fischer (Fußn. 49), S. 143.

98 So deutlich Fischer (Fußn. 49), S. 147, der dieses Ergebnis mit derselben Argumentation ausdrücklich erstreckt auf die Frage der Strafbarkeit einer bundesweiten Vermittlung erlaubter Glücksspiele.

99 Siehe oben Fußn. 92, 93.

100 Statt vieler Ruffert, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, Art. 12 Rdnr. 101.

101 Vgl. Diesbach/Ahlhaus, ZUM 2011, 129, ZUM 2011, 129131.

102 Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 11. 6. 1958, BVerfGE 7, 377, Leitsatz 6 c.

VII. Schlussbemerkung

Trotz eindeutiger Urteile des BGH, des BVerfG und vor allem des EuGH bleibt das Glücksspielrecht eine Materie, die sich den rechtsstaatlichen Anforderungen weitgehend entziehen will. Doch auch mehrheitlich beschlossenen Ziele können im Rechtsstaat die zu ihrer Verwirklichung eingesetzten Mittel nicht rechtfertigen. Ignoriert der Gesetzgeber dies, verletzt er nicht nur konkrete Rechtsvorschriften, sondern gefährdet er zugleich das Rechts als solches.

Öffentlichkeitsbeteiligung im Planungsverfahren: Chancen und Grenzen am Beispiel des Planvereinheitlichungsgesetzes

Von Univ.-Prof. Dr. Anja Seibert-Fohr LL.M. (GWU)*

I. Das Fachplanungsverfahren am Beispiel von Stuttgart 21	313
II. Gesetzliche Neuerung: Die frühe Öffentlichkeitsbeteiligung nach dem PlanVereinHG	315
III. Funktion der frühen Öffentlichkeitsbeteiligung	317
1. Besonderheiten der Fachplanung im Vergleich zur Bauleitplanung	317
a) Beteiligtenkreis	317
b) Beteiligungsgegenstand	318
aa) Verschiedenheit der Entscheidungsträger	318
bb) Planungsstufen	319
2. Legitimationswirkung	320
IV. Bewertung des PlanVereinHG	322
V. Schlussbetrachtung	324

Die Erfahrung der vergangenen Jahre hat aufgrund von Bürgerprotesten gezeigt, dass Planungsentscheidungen zu Großprojekten, d. h. raumbedeutsame Vorhaben mit Auswirkungen auf eine große Anzahl von Betroffenen, zunehmend unter Druck geraten.¹ Die Akzeptanz solcher Vorhaben, seien dies nun Flughäfen, Energieleitungen oder Bahnhöfe, schwindet und damit gerät nicht nur die Politik unter Druck, sondern auch die Rechtssicherheit und die Verlässlichkeit einmal getroffener Planungsentscheidungen.

Zwar mag man die Akzeptanz als eine Frage jenseits herkömmlicher Rechtsprinzipien betrachten,² Rechtssicherheit ist aber sehr wohl ein Anliegen unseres demokratischen Rechtsstaats. Es ist Aufgabe von Planungsverfahren, Entscheidungen herbeizuführen, die unter sorgfältiger Abwägung privater und öffentlicher Belange zu bestandskräftigen Entscheidungen führen und die nach Ausschöpfung der bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten nicht wieder revidiert werden.³ Maßgeblich dafür ist ein Verfahren, in dem alle relevanten Aspekte vorgebracht werden können, so

* Professur für Öffentliches Recht, insbesondere Völkerrecht, Georg-August-Universität Göttingen. Mein Dank geht an meine Mitarbeiterin Jenny Laube für ihre wertvolle Unterstützung bei der Literaturrecherche und Benjamin Nußberger für die redaktionelle Überarbeitung des Beitrags.

1 *Burgi/Durner*, Modernisierung des Verwaltungsverfahrensrechts durch Stärkung des VwVfG – Transparenz, Bürgerfreundlichkeit und Perspektiven der Bürgerbeteiligung insbesondere in Verfahren der Eröffnungskontrolle, 2012, S. 149; Landtag Nordrhein-Westfalen, Plenarprotokoll 15/35 vom 19. 5. 2011, 3413 ff.; *Sauer*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, DVBl 2012, 1082 (1083 f.); *Stürer* (Hrsg.), Planung von Großvorhaben, 1999.

2 *Ronellenfitsch*, Durchsetzung von Großprojekten (Stuttgart 21), in: *Ronellenfitsch* (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Eisenbahnrechts XVII, 2012, S. 13 (23); anderer Ansicht *Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2006, S. 102. Er rechnet Akzeptanz der ideellen Schicht des Demokratieprinzips und des Rechtsstaatsprinzips zu. Mann sieht in der Akzeptanz keinen eigenständigen rechtsdogmatischen Legitimationsmodus staatlichen Handelns. *Mann*, Großvorhaben als Herausforderung für den demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL 71 (2012), 544 (570).

3 Gegen eine Aushöhlung rechtsstaatlicher Prinzipien über Wege unmittelbarer Demokratie *Kne-meyer*, Wenn Bürger begehren: Bilanz und Ausblick nach 16 Jahren Bürgerbeteiligung, BayVBl. 2011, 681 (683 f.).