

Schriften zum deutschen und europäischen öffentlichen Recht

Herausgegeben von Steffen Detterbeck

Jonas Fischer

Das Recht
der Glücksspiele
im Spannungsfeld
zwischen staatlicher
Gefahrenabwehr und
privatwirtschaftlicher
Betätigungsfreiheit

Einleitung

I. Problemstellung

Das Spielen um Geld berührt wesentliche gesellschaftliche und wirtschaftliche Interessen der verschiedensten Art. Auf den ersten Blick handelt es sich beim Glücksspielwesen um eine bloße Unterhaltungsbranche, die vielen als Freizeitbeschäftigung dient – aus Spaß am Spiel und in der Hoffnung, zu den „Glücklichen“ zu gehören, die mit wenig Aufwand viel Geld gewinnen, sei es bei Lotterien oder Sportwetten, in Spielbanken oder an Geldspielautomaten. Die verschiedensten Anbieter stellen entsprechend zahlreiche und umfangreich beworbene Spielmöglichkeiten zur Verfügung, um damit selbst Gewinn zu erzielen sowie im Falle von staatlichen oder gemeinnützigen Veranstaltungen Geld für öffentliche und wohltätige Zwecke einzunehmen. Der so aus Angebot und Nachfrage entstehende Glücksspielmarkt wird jedoch auch von Wirkungskräften beeinflusst, die einer markt- und gemeinwohlgerechten Selbstregulierung zuwiderlaufen können. Auf Seiten der Spielteilnehmer besteht die Gefahr einer Übersteigerung der natürlichen Spielleidenschaft zur krankhaften und ruinösen Spielsucht, während auf Seiten der Spielveranstalter und -vermittler die vergleichsweise hohen Einnahmen und Umsätze, die „auf dem Spiel stehen“, zu unlauterem persönlichen Gewinnstreben verleiten sowie Übervorteilungen und Manipulationen hervorrufen können. Die wirtschaftliche Bedeutung des Glücksspielgeschäfts kann dabei nicht unterschätzt werden, sind doch allein in Deutschland in diesem Bereich jährlich zweistellige Milliardenumsätze zu verzeichnen.

Im Hinblick auf das sowohl spezifische Gefahren- als auch enorme wirtschaftliche Potenzial hat sich der Staat schon seit Jahrhunderten veranlasst gesehen, das Glücksspielwesen streng zu reglementieren und bestimmte Glücksspiele sogar ausnahmslos zu verbieten. Als Instrument zur Befriedigung des natürlichen Spieltriebs der Bevölkerung bei zugleich möglichst intensiver staatlicher Aufsicht, Kontrolle und Abschöpfung des Umsatzvolumens zu Gunsten öffentlicher Zwecke haben sich staatliche Glücksspielmonopole herausgebildet, die auch heute noch den Glücksspielmarkt in Deutschland beherrschen. Die 16 Bundesländer betreiben in unterschiedlichen Rechtsformen jeweils eigene Lotterie- und Sportwettgesellschaften. Hinzu kommen die häufig in staatlicher Trägerschaft befindlichen Spielbanken. Durch die hohe Besteuerung von Glücksspielen und die Gewinnabführungen der staatlichen Veranstalter fließen jährlich Milliardenbeträge in die Länderhaushalte. In Zeiten knapper Kassen stellen diese Gelder beträchtliche Haushaltsposten dar und tragen so zur Finanzierung öffentlicher und gemeinnütziger Aufgaben bei. Dagegen ist die Veranstaltung derartiger Glücksspiele in privater Hand je nach Landesrecht gänzlich verboten oder zumindest erheblichen Beschränkungen unterworfen.

Diese etablierte und lange unangetastet gebliebene Monopolstellung des staatlichen Glücksspiels wird seit einigen Jahren sowohl rechtlich als auch faktisch zunehmend in Frage gestellt. Durch neue gewerbliche Anbieter sowie neue Spielangebote, wie zum Beispiel die Sportwetten zu festen Gewinnquoten oder die Spiel- und Tippgemeinschaften, sehen sich die staatlichen Glücksspielveranstalter einem verstärkten Konkurrenzdruck ausgesetzt. Zum einen beanspruchen die wenigen bisher in Deutschland zugelassenen privaten Lotterie- und Sportwettanbieter und Spielbankbetreiber eine effektive Teilhabe am erzielbaren Glücksspielumsatz – eine Entwicklung, die nicht zuletzt ausgerechnet von DDR-Behörden eingeläutet wurde, die kurz vor der deutschen Wiedervereinigung einigen privaten Bewerbern Genehmigungen zur Veranstaltung von Sportwetten erteilt hatten, und zwar auf der Grundlage des noch 1990 von der demokratisch gewählten Volkskammer neu eingeführten marktwirtschaftlichen Gewerberechts, das die überkommenen planwirtschaftlichen Strukturen aufbrechen sollte. Zum anderen unterliegt auch das Glücksspielwesen den Einflüssen der Europäisierung und Globalisierung. Zunehmend dehnen ausländische Anbieter ihr Vertriebsgebiet nach Deutschland aus, was durch die neuen Medien mit ihren vielfältigen Kommunikationsmöglichkeiten erheblich erleichtert wird. So können Glücksspiele unproblematisch über Telefon und Internet durchgeführt werden – ein Umstand, durch den die Kontrolle des Glücksspielwesens nach nationalem Recht oder gar dem Recht einzelner Bundesländer wesentlich erschwert wird. Daneben spielen die herkömmlichen Vertriebsstrukturen wie die Vermittlung von Glücksspielangeboten mit Hilfe von Lotto- und Wettannahmestellen nach wie vor eine wichtige Rolle. Abgesehen von dem dichten Netz von Annahmestellen der staatlichen Lotterie- und Sportwettgesellschaften treten zunehmend privatwirtschaftliche Vermittlungsunternehmen in Erscheinung, die entweder mit den staatlichen oder den privaten Anbietern zusammenarbeiten. Wie umkämpft das Geschäft mit den Glücksspielen ist, zeigt zudem die fortwährende Erfindung neuer Spielangebote sowie der erhebliche Werbeaufwand, der von staatlicher wie privater Seite betrieben wird.

Aufgrund dieser dynamischen Entwicklung des Glücksspielwesens ist auch das Glücksspielrecht erheblich in Bewegung geraten. Vor allem die Frontstellung zwischen staatlichen und privaten Glücksspielveranstaltern birgt ein erhebliches rechtliches Konfliktpotenzial in sich. Die verschärfte Konkurrenzsituation hat in den letzten Jahren zu einer regelrechten Flut von Gerichtsverfahren vor nahezu sämtlichen Gerichtsbarkeiten und Instanzen geführt. Insbesondere wurde und wird dabei um die Rechtmäßigkeit der verstärkt zu beobachtenden ordnungsbehördlichen Maßnahmen gegen das privatwirtschaftlich organisierte Glücksspiel gerungen. Der insoweit erhobene Vorwurf des unerlaubten Glücksspiels ist zudem Ausgangspunkt für zahlreiche Strafverfahren. In zivilgerichtlichen Streitverfahren geht es vor allem um die Einhaltung der Wettbewerbsregeln. Diese praktische Bedeutung und Aktualität hat dazu geführt, dass das lange vernachlässigte Recht der Glücksspiele in jüngster Zeit zunehmend Gegenstand rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzungen geworden ist. Zu einigen Fragestellungen liegen bereits eingehende Untersuchungen vor, die sich straf- oder zivilrechtlichen, verwaltungs-, verfassungs- oder europarechtlichen

Frage- und Problemstellungen widmen. Sowohl die Literatur wie auch die Rechtsprechung bieten allerdings ein höchst uneinheitliches Bild. Die Betroffenen bewegen sich deshalb häufig in rechtlichen Grauzonen. Im Mittelpunkt der Problematik steht die Legitimation staatlicher Glücksspielmonopole, kehrseitig das Verbot privatwirtschaftlicher (Veranstaltungs- und Vermittlungs-) Angebote. Die rechtliche Beurteilung bewegt sich dabei zwischen der staatlichen Aufgabe der Abwehr der mit dem Glücksspiel verbundenen Gefahren einerseits und der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit privater Anbieter andererseits. Die Erörterung zahlreicher ungeklärter und umstrittener Rechtsprobleme, die sich aus diesem Spannungsverhältnis ergeben, ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

II. Gang der Untersuchung

Am Anfang der Untersuchung steht die Kennzeichnung der allgemeinen Merkmale des Glücksspiels. Damit befasst sich das 1. Kapitel. Dabei sind zunächst die hier interessierenden Erscheinungsformen des Glücksspiels, insbesondere die Spielbanken, Lotterien, Sportwetten und Geldspielautomaten, gegenüber anderen nicht untersuchungserheblichen Tätigkeiten abzugrenzen. Ferner soll die wirtschaftliche Bedeutung des Glücksspielwesens dargestellt und auf die Probleme und Gefahren des Glücksspiels eingegangen werden.

Im Anschluss daran dient das 2. Kapitel der Untersuchung der Strukturen des deutschen Glücksspielrechts und seiner wichtigsten Auslegungsprobleme. Das Spannungsverhältnis zwischen staatlicher und privater Glücksspielveranstaltung berührt alle großen Rechtsgebiete; beim Glücksspielrecht handelt es sich gleichsam um eine Querschnittsmaterie. Ausgangspunkt ist die Vorschrift des § 284 StGB, wonach sich strafbar macht, „wer ohne behördliche Erlaubnis öffentlich ein Glücksspiel veranstaltet [...]“. Bereits hier ergeben sich schwierige Rechtsfragen hinsichtlich der Erlaubtheit von Glücksspielen, der Strafbarkeit von Werbe- und Vermittlungstätigkeiten sowie der internationalen Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts. Auch die zivilrechtliche Verbindlichkeit von Spielverträgen hängt von der Erlaubtheit des jeweiligen Glücksspiels ab. Daneben ist das Verhalten der Akteure auf dem umkämpften Markt der Glücksspiele am Maßstab des Wettbewerbsrechts zu messen. Vor allem aber eröffnet das Erfordernis des Vorliegens einer behördlichen Erlaubnis die Dimension des öffentlichen Rechts. Hier bestehen sowohl bundes- als auch landesrechtliche Vorschriften über die Zulassung und die Beaufsichtigung von Glücksspielen. Im Mittelpunkt steht dabei der von den 16 Bundesländern im Jahre 2007 geschlossene Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland.

Das 3. Kapitel beschäftigt sich mit den glücksspielrechtlichen Ausprägungen der bundesstaatlichen Kompetenzordnung und den vielfältigen Rechtsproblemen, die sich aus dem Nebeneinander von Bundes- und Landesrecht und dessen Vollzug ergeben. Bereits die Frage der Gesetzgebungskompetenz für die Regelung straf-, ordnungs- und gewerberechtlicher Aspekte des Glücksspielwesens

bedarf einer umfassenden Klärung. In diesem Zusammenhang muss die bislang überwiegend angenommene „Glücksspielhoheit“ der Länder, also die Annahme einer allumfassenden Gesetzgebungs- und Vollzugszuständigkeit der Länder für das Glücksspielwesen, auf den Prüfstand gestellt werden. Sofern die Zulassung von Glücksspielen landesrechtlich geregelt ist, stellt sich weiter die Frage, ob ein landesrechtlicher Erlaubnisakt nur landes- oder auch bundesweite Wirkung entfaltet. In diesem Zusammenhang gilt es, der Wirksamkeit und der räumlichen Reichweite derjenigen Sportwettgenehmigungen, die noch nach DDR-Recht erteilt worden waren, besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Darüber hinaus ist in Bezug auf die bundesgesetzliche Strafandrohung des § 284 StGB fraglich, ob eine nach Landesrecht erteilte Erlaubnis eine Glücksspielveranstaltung bzw. deren Vermittlung und Bewerbung nur innerhalb der jeweiligen Landesgrenzen oder mit bundesweiter Wirkung von der Strafbarkeit befreit. Das ordnungsrechtliche Vorgehen gegen unerlaubtes Glücksspiel im Grenzbereich zwischen Polizei- und Gewerberecht wirft ferner die Problematik der einschlägigen Rechtsgrundlagen für solche Maßnahmen auf.

Im Rahmen der Erörterung der materiellen Verfassungsmäßigkeit des geltenden Glücksspielrechts steht die Vereinbarkeit der im Glücksspielstaatsvertrag sowie bisweilen in den Spielbankgesetzen normierten staatlichen Glücksspielmonopole mit der grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG im Mittelpunkt (4. Kapitel). Ausgehend von der nicht ganz selbstverständlichen Berufseigenschaft der Veranstaltung von Glücksspielen ist zu hinterfragen, ob staatliche Veranstaltermonopole unter den heutigen Umständen einer verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung standhalten oder ob die bedrohten Rechtsgüter auch bei einer Liberalisierung des Glücksspielwesens durch Maßnahmen staatlicher Kontrolle ausreichend geschützt werden können. Dabei geht es im Kern darum, ob die vom Gesetzgeber angeführten Anliegen der Sucht- und Betrugsbekämpfung den Ausschluss Privater vom Glücksspielmarkt rechtfertigen oder ob nicht viel eher die staatliche Bewirtschaftung des Glücksspielwesens in der Ausgestaltung und Anwendung der Monopolgesetze entgegen den selbst definierten Zielen vordringlich der fiskalischen Einnahmeerzielung dient. Daneben stehen sonstige verwaltungs- und strafrechtliche Restriktionen des privatunternehmerischen Glücksspiels auf dem Prüfstand des materiellen Verfassungsrechts.

Schließlich gilt es im 5. Kapitel, das deutsche Glücksspielrecht im Lichte des Europarechts zu betrachten und zu untersuchen, inwieweit das Glücksspielwesen einem europäischen Liberalisierungs- und Harmonisierungsdruck unterliegt. Dabei wird die Vereinbarkeit von restriktiven deutschen Glücksspielvorschriften mit den gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, namentlich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 43 und 49 EG, und den Regelungen zu den öffentlichen Unternehmen gemäß Art. 86 EG unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu hinterfragen sein. Daneben erhebt sich das Problem der grenzüberschreitenden Vermittlung und Bewerbung von Glücksspielen, vor allem über das Internet, insofern dadurch die mitgliedstaatliche Kontrolle über das Glücksspielwesen innerhalb des eigenen

Hoheitsgebiets besonders herausgefordert wird. Schließlich stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob dem Vertrieb eines Spielangebots, das im Herkunftsland des Veranstalters staatlich lizenziert ist, in Deutschland der Vorwurf strafbaren unerlaubten Glücksspiels entgegengehalten werden kann.