

„Wenn man die Lotterien verwünscht, so vergißt man gewöhnlich, wie viel Glück und heitere Horizonte die angenehmen Hoffnungen Aller zusammen ausmachen! Und wie viel ärmer ein Volk ohne Lotterien ist – nämlich an angenehmen Empfindungen! Die Enttäuschung ist eine einmalige und wird ziemlich schnell abgeschüttelt – aber wie oft träumt man vom Gewinnste und macht Pläne! Wie mehrt es den Geschmack an Unternehmungen.“
(Friedrich Nietzsche im Herbst 1881)

Zur Kanalisierung des Spieltriebs – ein zeitgemäßer Ansatz zur Erfüllung des öffentlichen Auftrags

Über 40 Jahre war der Lotterie- und Wettspielsektor kein Thema, das die Gerichte nennenswert beschäftigte. Das hat sich seit Mitte der 90er Jahre – auch für WestLotto – dramatisch verändert. Eine kaum noch aufzuhaltende Überflutung durch hereindringende und aggressiv werbende illegale Glücksspielanbieter – oft aus dem Ausland – erfordert eine angemessene und effektive Reaktion.

Eine bedeutende Antwort auf die Entwicklung des Glücksspielmarktes ist die Erstellung einer neuen gesetzlichen Regelungsgrundlage für das staatliche Glücksspielrecht. Der „Staatsvertrag zum Lotteriewesen in Deutschland“ ist in Vorbereitung. Er wird – das ist das Neue – eine für alle Bundesländer einheitliche Regelung der Zulassung von Lotterien, Sportwetten und sonstigen Glücksspielen enthalten. Die zentrale Zielsetzung des Staatsvertrages definiert die Aspekte, auf denen die Erfüllung des öffentlichen Auftrages der Lottogesellschaften fußt, allen voran die Kanalisierung des Spieltriebes in legale Bahnen. § 1 des Staatsvertrages fasst die Kernpunkte des staatlichen Glücksspielrechts zusammen:

Ziel des Staatsvertrages ist es,

1. den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken, insbesondere ein Ausweichen auf nicht erlaubte Glücksspiele zu verhindern,
2. übermäßige Spielanreize zu verhindern,
3. eine Ausnutzung des Spieltriebs zu privaten oder gewerblichen Gewinnzwecken auszuschließen,

4. sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß und nachvollziehbar durchgeführt werden, und letztlich
5. sicherzustellen, dass ein erheblicher Teil der Einnahmen aus Glücksspielen zur Förderung öffentlicher oder steuerbegünstigter Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verwendet wird.

Einen auf ähnlichen Ausgangspunkten beruhenden Ansatz zeigte auf dem Gebiet des Strafrechts bereits das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts aus dem Jahre 1998. Der Bundesgesetzgeber hatte hier im Rahmen der Begründung zum Gesetzesentwurf den Zweck der Regelungen der §§ 284 ff. StGB, die die unerlaubte Veranstaltung von Glücksspielen unter Strafe stellen, mit inhaltlich weitgehend identischen Zielsetzungen untermauert, wie sie der Staatsvertrag zum Lotteriewesen nunmehr aufgreift und erweitert.

Das bereits aktiv angewandte und durch den Staatsvertrag jetzt weiter gestärkte Konzept erfüllt seine Aufgabe durchgehend erfolgreich. Es beruht auf zwei maßgeblichen Komponenten: zum einen auf der grundsätzlichen Eindämmung der Möglichkeiten des Auslebens des Spieltriebs durch staatliche Begrenzung und Kontrolle, zum anderen auf der Kanalisierung durch Hinlenkung des Spieltriebs zu den staatlich kontrollierten und begrenzten Betätigungsmöglichkeiten.

Dem Konzept liegen die folgenden Erwägungen zu Grunde:

Ein System, das sich allein auf Eindämmung konzentriert, also ein Verbot des Spiels ohne die Zulassung erlaubter Glücksspiele normiert, hat sich aus den Erfahrungen der Vergangenheit als wenig effektiv, ja sogar kontraproduktiv erwiesen: Da die Glücksspieleleidenschaft bei einem beachtlichen Teil der Bevölkerung tief verwurzelt ist, konnten auch einschneidende strafrechtliche Sanktionen während des Totalverbotes des Glücksspiels im 19. Jahrhundert große Teile der Bevölkerung nicht daran hindern, an verbotenen und strafrechtlich sanktionierten Glücksspielen teilzunehmen.

Auf Grund der drohenden strafrechtlichen Verfolgung mussten sich die Veranstalter damals sorgsam vor staatlichem Zugriff schützen. Ihr Agieren im Dunklen ermöglichte es ihnen, zu Lasten der Spieler zu manipulieren. Das ließ ein Glücksspiel entstehen, das für den Spieler besonders gefährlich und schädlich war.

Ähnlich negative Folgen könnte auch eine völlige Liberalisierung des Glücksspielmarktes nach sich ziehen. Auf Grund der dann kaum übersehbaren, geschweige denn kontrollierbaren Fülle von Glücksspielanbietern

und Vertriebswegen wären auch hier dem illegalen Spiel Tür und Tor geöffnet. Die im Wettbewerb zueinander stehenden Unternehmer würden sich mit einer Verbesserung der Quoten überbieten, was durch die vermeintliche Attraktivität der Gewinne wiederum den Spieltrieb enorm anheizen würde: ein *circulus vitiosus* des vermeintlich greifbaren Glücks.

Das in Deutschland angewandte Konzept zur Begrenzung der Glücksspiel-tätigkeiten stellt daher einen sinnvollen Mittelweg dar, der darauf abzielt, den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung im Rahmen eines grundsätzlich reduzierten und über staatlich konzessionierte Lotteriegesellschaften kontrollierten Glücksspielangebots zu kanalisieren. Auch wenn es auf den ersten Blick paradox erscheinen mag: Der eigentliche Schutzzweck, nämlich die Allgemeinheit und den potenziellen Spieler vor den typischerweise mit dem Glücksspiel verbundenen Gefahren zu schützen, wird nur durch die Zulassung eines Mindestmaßes an Glücksspielen erreicht, das allerdings kontrolliert ist. Dieses System trägt den Erfahrungen der Vergangenheit Rechnung, dass nicht jedes Glücksspiel gleich schädlich und gefährlich ist, es ermöglicht eine weitgehend gefahrlose Spielteilnahme und vermag insbesondere den folgenden glücksspielspezifischen Risiken wirkungsvoll zu begegnen:

- Kriminalisierung auf dem Glücksspielsektor, namentlich im Betrugs- und Geldwäschebereich,
- manipulatives und unzuverlässiges Verhalten der Glücksspielveranstalter,
- pathologische Phänomene bei den Spielern, namentlich Spielsucht,
- hierdurch bedingt wirtschaftliche Folgen, vor allem individueller Vermögensverlust und Existenzbedrohung,
- hierdurch bedingt wiederum Belastungen der Allgemeinheit durch Fürsorgeverpflichtungen.

Zwar ergänzen sich im Rahmen des deutschen Glücksspielkonzepts die zur Verfügung stehenden strafrechtlichen Sanktionen einerseits und die öffentlich-rechtliche Handhabung des staatlichen Genehmigungsverfahrens andererseits. Jedoch vermag ein noch so entschlossenes staatliches Vorgehen die illegalen Angebote nicht vollständig zu beseitigen, zumal die Mühlen der Justiz zuweilen langsam mahlen.

Der Aspekt der Spielsucht gewinnt an Bedeutung. Angesichts der Tatsache, dass vermehrt stationäre Spielsuchttherapien angeboten werden, bei

denen auf das herkömmliche Suchtkonzept zurückgegriffen wird, kann man die Augen vor den Gefahren nicht verschließen. Die krankheitsbegründende, glücksspieltypische Verlockungswirkung von unkontrollierten Glücksspielen wird durch ein Bündel von Faktoren begründet, vor allem die schnelle und häufige Entscheidung über Gewinn und Verlust – und ihre persönliche Erreichbarkeit.

Zur Vermeidung der die Spielleidenschaft anheizenden Erscheinungsformen bedarf es einer staatlichen Kontrolle. Diese kann über das in §284 StGB verankerte Genehmigungserfordernis verwirklicht werden, das das grundlegende Instrument zur Eindämmung und Kanalisierung des Spieltriebs in staatlich gelenkte und kontrollierte Bahnen darstellt. Die Handhabung des Genehmigungsverfahrens sorgt für eine Begrenzung der o.a. Faktoren, denn

- die Zahl der genehmigten Glücksspielvarianten ist vergleichsweise gering,
- Glücksspiele mit sofortiger Gewinnmöglichkeit sind nur in begrenztem Umfang zugelassen,
- die Höhe möglicher Einsätze ist insbesondere beim genehmigten Spiel über das Internet limitiert,
- die Höhe der Gewinnsummen ist dadurch beschränkt, dass die Veranstalter nur einen begrenzten Anteil der Einsätze als Gewinnsumme verwenden dürfen und einen nennenswerten Teil der Einsätze als Zweckabgaben abführen müssen,
- es dürfen keine überzogenen Gewinnquoten angeboten werden.

Allerdings darf die reglementierende Begrenzung und Kontrolle dieser die Spielleidenschaft potenziell anheizenden Faktoren nicht überzogen werden. Das Gesamtkonzept funktioniert nämlich nur dann, wenn der Großteil der Spieler das staatlich begrenzte und kontrollierte Glücksspielangebot auch tatsächlich dem illegalen Glücksspiel vorzieht. Andernfalls ergäben sich die gleichen Konsequenzen wie bei einem Totalverbot. Die genehmigten Spiele müssen dem Spieler also gerade noch so viel Spielanreiz bieten, dass er sich zu deren Gunsten entscheidet. Insofern ist die Wahl einer ausgewogenen Begrenzung der angesprochenen Faktoren bereits ein Element der Kanalisierungsfunktion.

Die Wahl des richtigen Maßes an Beschränkung lässt sich nur mit einem entsprechenden Überblick über den gesamten Glücksspielmarkt treffen. Er-

forderlich ist eine Gesamtschau der Zahl, des Inhaltes und der Veranstalter der auf dem Markt befindlichen Glücksspiele sowie der Eigenschaften der Konsumenten, um den Markt und etwaige Marktveränderungen zu überwachen und ggf. Anpassungen im Rahmen des Genehmigungsverfahrens vornehmen zu können. Dies lässt sich aber nur dann mit Aussicht auf Erfolg bewirken, wenn – wie es gegenwärtig der Fall ist – für ein bestimmtes Territorium nur einer einzigen Instanz die Kompetenz zur Erteilung und zur Rücknahme von Genehmigungen sowie zur Überwachung und Aufsicht über die Inhaber zufällt.

Im Rahmen eines solchen beschränkten Glücksspielangebots müssen die individuellen Unterschiede der Spielteilnehmer berücksichtigt werden. Da nicht jeder die gleichen Spielvorlieben hat, muss das – insgesamt limitierte – Angebot diversifiziert werden. Allerdings würde ein staatliches Glücksspielangebot, das die Spieler dadurch „ködert“, dass es ebenso verlockend ausgestaltet ist wie die verbotenen Glücksspiele, die Eindämmungsfunktion vernachlässigen. Das staatliche Glücksspielangebot verfügt folglich zwingend über eine geringere Attraktivität, was etwa Gewinnquoten und Spielpaarungen bei Sportwetten betrifft.

Um dieses vermeintliche „Defizit“ zumindest ansatzweise auszugleichen, muss der Spieler auf die tatsächlich bestehenden Möglichkeiten des legalen Glücksspiels hingewiesen werden. Diesem Informationsbedarf kann seit jeher am besten durch entsprechende Werbemaßnahmen Rechnung getragen werden. Die Werbung dient daher auch dem Zweck, dem legalen Glücksspiel ein Stück weit zu gesellschaftlicher Akzeptanz zu verhelfen und es auf diese Weise dem illegalen Glücksspiel gegenüber vorzugswürdig erscheinen zu lassen. Ein milderer Mittel als bloße Werbemaßnahmen ohne Erhöhung der Gefährlichkeit der angebotenen Spiele selbst ist kaum denkbar, jedenfalls nicht unter Postulierung eines Mindestmaßes an Effizienz.

Darüber hinaus ist eine strafrechtliche Sanktionierung, wie sie in den §§ 284 ff. StGB festgelegt ist, unerlässlich. Es wäre lebensfremd anzunehmen, dass die Spieler gänzlich auf die verlockenden Gewinnchancen illegaler Spiele verzichten würden, wenn daran keine Sanktionen geknüpft wären.

Insbesondere auf dem Sportwettensektor wird eine schier unübersehbare Vielzahl von Ereignissen angeboten, auf die gewettet werden kann. Die Gefahr hierbei besteht darin, dass Sportwetten ihrem Wesen nach gefährlicher einzustufen sind als etwa Lotterien. Der Spieler glaubt nämlich regelmäßig, durch seine vermeintlichen Kenntnisse dem Zufall ein Stück voraus

zu sein, was einen besonderen Spielreiz ausübt. Dies gilt umso mehr für Personen, die mit Sportwetten unerfahren sind.

Der gefahrenträchtige Auftritt konzessionsloser Anbieter erfordert entsprechende Reaktionen des Staates. Der illegale Glücksspielmarkt wird daher mit allen Mitteln des Ordnungs-, Straf- und Wettbewerbsrechts bekämpft. Jedoch sind ordnungsbehördliche Schließungen von Wettannahmestellen und Strafverfahren gegen die Verantwortlichen allein keine hinreichenden Mittel, um die unerwünschten Erscheinungsformen de facto zu verhindern. Es gelingt immer wieder, sich der staatlichen Kontrolle zu entziehen. Dies geschieht insbesondere durch die Verlagerung des formellen Firmensitzes in Länder, in denen effektiver Rechtsschutz von Deutschland aus nicht zu erreichen ist.

„Kanalisation des Spieltriebs“ kann nicht heißen, mit unattraktiven, strikt kontrollierten Spielangeboten nur ein Minimum an Legalangeboten auf den Markt zu bringen. Mit einer solchen „Feigenblatt-Politik“ blieben zu viele Spielerwünsche unbefriedigt. In einer Zeit, in der angesichts der immer vielfältiger werdenden technischen Möglichkeiten – allen voran das Internet – die Anforderungen an die Glücksspielmöglichkeiten und das Glücksspielangebot wachsen, ist und war WestLotto aufgerufen, mit dem Angebot neue Formen von Glücksspielen nachzuzeichnen. Würde WestLotto sein Angebot auf einem nicht zeitgemäßen und veralteten Stand halten, wären die anderen Anbieter bald die einzigen, die alle Marktnischen – insbesondere die Internetplattformen – beherrschen.

In den 90er Jahren ist die Nachfrage nach Sportwetten durch die Marktforschung sehr deutlich signalisiert worden. Das Wetten im Ausland war recht verbreitet. Das Angebot einer staatlich kontrollierten Sportwette war daher konsequent: ODDSET. Nur so konnte die Kanalisation überhaupt noch aufrechterhalten werden.

Das „Gambelli“-Urteil des EuGH vom 6. November 2003 (Rechtssache C-243/01) hat die bisherige deutsche Lotterie- und Sportwettenpolitik nicht in Frage gestellt. Im Hinblick auf die Ausführungen des EuGH gibt es keinen Anlass, von der bisherigen Einschätzung und der hierauf beruhenden Glücksspielpolitik in der Bundesrepublik Deutschland abzurücken. In der Entscheidung hat der EuGH eine Verletzung der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit durch eine restriktive Glücksspielpolitik gerade nicht festgestellt. Zwar wird es aus den Reihen der Gegner gerne so dargestellt. Hier ist aber der Wunsch der Vater des Gedankens. Der EuGH hat allerdings – wie auch bereits in seinen Urteilen vom 21.09.1999 (Rechtssache C 124/97 – Läämä) und in der Entscheidung vom 21.10.1999 (Rechtssache

C 57/98 – Zenatti) – ausgeführt, dass nationale Regelungen, in denen Monopolstellungen verankert sind, die die Ausübung einer in einem anderen Mitgliedsstaat der EU erlaubten Sportwette in dem betreffenden Mitgliedsstaat unmöglich machen, zwar eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) und des freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 49 EG) darstellen. Eine Verletzung von Art. 43 EG und Art. 49 EG hat der EuGH hingegen nicht festgestellt, sondern die Entscheidung darüber, ob sich derartige monopolartige Regelungen rechtfertigen lassen, ausdrücklich den nationalen Gerichten überlassen. Dem Staat steht es frei, innerhalb des ihm zuerkannten Ermessens selbst zu bestimmen, inwieweit auf seinem Gebiet im Bereich von Lotterien und anderen Glücksspielen Beschränkungen zum Schutz der Sozialordnung gelten sollen. Jeder Mitgliedsstaat kann somit autonom den „Regler“ zwischen Totalverbot und freiem Wettbewerb hin- und herschieben. Damit hält der EuGH seine bisherige Rechtsprechung (siehe „Läärä“ und „Zenatti“) aufrecht.

Im „Gambelli“-Urteil stellt der EuGH nunmehr die für die Prüfung der Rechtfertigung von Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit von dem jeweiligen nationalen Gericht zu berücksichtigenden Grundsätze klar. Hiernach müssen die nationalen Beschränkungen, die auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses und auf der Notwendigkeit beruhen, Störungen der sozialen Ordnung vorzubeugen, tatsächlich geeignet sein, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen. Als zwingende Gründe des Allgemeininteresses werden beispielhaft der Verbraucherschutz, die Betrugsverbeugung und die Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu überhöhten Ausgaben für das Glücksspiel angeführt.

Soweit der EuGH fallbedingt auf die spezifische Situation in Italien Bezug nimmt und ausführt, dass der italienische Staat auf nationaler Ebene eine Politik der starken Ausweitung des Spielens und Wettens zum Zwecke der Einnahmeerzielung verfolge, ist dies mit der Lage in der Bundesrepublik Deutschland nicht vergleichbar.

Rein fiskalische Interessen stehen nicht im Mittelpunkt der Lotterien- und Sportwettenpolitik von WestLotto. Zweck der auf den Konzessionsabgaben beruhenden staatlichen Finanzierungskonzepte ist es vielmehr, dass die aus einer an sich unerwünschten Tätigkeit stammenden Gewinne nicht Privaten verbleiben, sondern zur Förderung sozialer und kultureller Zwecke verwendet werden. Dieser Belang ist so gewichtig, dass er die Beschränkungen von Art. 43 und Art. 49 EG rechtfertigt.

Auch die deutsche Rechtsprechung hat sich mittlerweile bereits mit der „Gambelli“-Entscheidung auseinandergesetzt. Das Bayerische Oberste Landesgericht hat mit Beschluss vom 26.11.2003 (Az.: SSt RR 289/03) eine Verletzung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit durch die in der Bundesrepublik Deutschland betriebene Glücksspielpolitik verneint. Ebenso hat das Verwaltungsgericht Stade in einem Beschluss vom 27.11.2003 (Az.: 6 B 1674/03) ausgeführt, dass das auf § 284 StGB beruhende Glücksspielkonzept in der Bundesrepublik Deutschland nicht gegen europarechtliche Vorschriften verstößt. Im gleichen Sinne hat sich das Bayerische Verwaltungsgericht München in seinem Beschluss vom 19.02.2004 (Az.: M 22 S 04.542) geäußert und eine Verletzung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit durch das deutsche Glücksspielkonzept auch im Hinblick auf die „Gambelli“-Entscheidung verneint. Von einer Umwälzung der Rechtsverhältnisse durch das „Gambelli“-Urteil kann somit nicht die Rede sein.

Eine bedeutsame Entscheidung hinsichtlich solcher Erlaubnisse für die Durchführung von Sportwetten, wie sie in den letzten Tagen der DDR verschiedenen Personen erteilt wurde, hat das Oberverwaltungsgericht (Az.: 4 B 2096/03) für das Land Nordrhein-Westfalen am 14.05.2004 gefällt. Die höchsten Verwaltungsrichter des Landes Nordrhein-Westfalen vertreten dort mit aller Klarheit die Ansicht, dass solche Genehmigungen nicht dazu berechtigen, Sportwetten in den alten Bundesländern anzubieten oder zu vertreiben. Die Verwaltungshoheit der seinerzeit tätig gewordenen DDR-Behörden könne nicht ausgereicht haben, um eine DDR-Sportwett-Erlaubnis mit Wirkung für das gesamte Bundesgebiet zu erteilen, wohingegen Behörden der alten Bundesländer entsprechende Erlaubnisse nur mit Wirkung für das jeweilige Bundesland aussprechen könnten. Nach dieser Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts Münster dürfen die Sportwett-Angebote solcher Unternehmen, die lediglich über eine DDR-Erlaubnis verfügen, in den alten Bundesländern weder beworben noch angeboten werden.

RA Dr. Manfred Hecker, CBH Rechtsanwälte Köln