

Die unwahre Gesetzesbegründung

– Rechtsstaatliche Fragen an die Auslegungsmaxime des „objektivierte[n] Willens des Gesetzgebers“ am Beispiel des Glücksspielstaatsvertrags –¹

Dirk Uwer

I. Einleitung: Permanenz in Inkohärenz – Das glücksspielrechtliche Regulierungsversagen der Länder

Versucht man das wissenschaftliche Œuvre *Michael Kloepfers* auf der Suche nach einem geeigneten Thema für die Hommage an einen großen Rechtsgelehrten zu überblicken, stellt sich neben der Demut im Angesicht der Quantität und mehr noch der Qualität eben jenes Gesamtwerks rasch auch die Schwierigkeit ein, Wirtschaftsbereiche und Gesetzgebungsgegenstände auszumachen, zu denen sich äußern zu wollen nicht die Gefahr birgt, an einem Werk Kloepfers gemessen zu werden und also absehbar zu scheitern.

Über eine besondere Affinität Kloepfers zum Glücksspiel ist nichts bekannt, es sei denn, man wollte seine – nun bei ihm als Emeritus sicher seltener zu beobachtende – Gepflogenheit der Auswahl jener Hörer, denen er ad hoc die Adressatenrolle in der sokratischen Frage-Antwort-Struktur seiner Vorlesungen zuge dachte, kühn etwas lotteriehaft nennen. Er würde das in der ihm eigenen Präzision zurückweisen, schon weil der (meist errötete) Teilnehmer zum „Erwerb einer Gewinnchance“ (bedauerlicherweise) kein „Entgelt“ zu zahlen hat, wie es § 3 Abs. 1 S. 1 des Glücksspielstaatsvertrags (GlüStV) nun einmal verlangt.² Auch waren die an den Dozenten zu zahlenden Hörrergelder alter Prägung schon abgeschafft, als der kaum 31-jährige Kloepfer seine erste Professur an der Freien Universität Berlin erhielt, so dass sich vielsinnige oder ironisierende Parallelisierungen insoweit verbieten.

Nun also das Glücksspiel – es wäre der zukünftigen Kloepferschen Aufmerksamkeit wahrlich wert. Denn auf keinem anderen Gesetzgebungsgebiet ist die Diskrepanz zwischen Verfassungswirklichkeit und Gesetzeslage so deprimierend wie im Bereich der den Ländern überantworteten öffentlichen Glücksspiele. Die Länder sind im Glücksspielwesen fiskalisch, ökonomisch und juristisch gescheitert. Sie verteidigten bis zum Sportwetten-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (und in unbelehrbarer Weise weit darüber hinaus in dem am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Glücksspielstaatsvertrag³) jahrzehntelang ein verfassungswidriges Sportwettenmonopol, dessen Ersetzung durch ein insuffizientes Konzessionsmodell im Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag zum 1. Juli 2012 wenig mehr als die

¹ Der Beitrag wurde veröffentlicht in: Beharren. Bewegen – Festschrift für Michael Kloepfer zum 70. Geburtstag, Schriften zum Öffentlichen Recht (SÖR), Band 1244, 2013, Duncker & Humblot (Berlin), S. 867 ff.

² Zum Diskussionsstand zum Glücksspielbegriff im deutschen Recht jüngst *Miriam Benert/Martin Reeckmann*, ZfWG 2013, 23 ff.

³ Mit Erläuterungen abgedruckt bei *Dirk Uwer*, Glücksspielrecht im Umbruch, 2012, S. 21 ff.

halbherzige Kapitulation vor den lange kontrafaktisch geleugneten Realitäten auf den konvergenten europäischen Glücksspielmärkten ist. Sie gestalten ihr Lotterieveranstaltungsmonopol so aus, dass es gegen höherrangiges Kartellrecht verstieß, was das Bundeskartellamt 2006 und der Bundesgerichtshof 2008 klar, aber letztlich mit der alleinigen Folge rügten, dass die Länder seither die Geltungsansprüche des Kartellrechts auch legislatorisch zu konterkarieren versuchen.

Der Konfrontationskurs der Länder gegenüber den Anforderungen des Europarechts ist ebenso singulär: Die Europäische Kommission hat gegen die Bundesrepublik Deutschland bereits im Jahr 2007 – nach deutlicher, letztlich aber folgenloser Kritik am Entwurf des Glücksspielstaatsvertrags im Notifizierungsverfahren⁴ – ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet, weil der Glücksspielstaatsvertrag mit vorrangigem Unionsrecht, insbesondere den Grundfreiheiten der Glücksspielanbieter, unvereinbar ist.⁵ Auch der Europäische Gerichtshof hat den Ländern die Unionsrechtswidrigkeit des Glücksspielstaatsvertrags attestiert, weil das – behauptete – Ziel der Suchtprävention nicht kohärent und systematisch verfolgt, sondern das Glücksspielangebot aus fiskalischen Gründen sogar noch erweitert wird.⁶ Das Monopolsystem des Glücksspielstaatsvertrags ist vor allem deshalb inkohärent und unionsrechtswidrig, weil es die am wenigsten gefährlichen Glücksspiele, nämlich herkömmliche Zahlenlotterien, mit dem Veranstaltungsmonopol und strengen Vertriebsbeschränkungen am schärfsten reguliert, während andere, aus suchtpreventiver Sicht weitaus bedenklichere Glücksspiele von Privaten veranstaltet werden dürfen. Die Länder haben also auch den „Scheinheiligkeits-Test“ des europäischen Rechts nicht bestanden. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass die Europäische Kommission auch den Entwurf des novellierten Glücksspielstaatsvertrags im Notifizierungsverfahren deutlich kritisiert⁷ und bereits die Einleitung eines neuen Vertragsverletzungsverfahrens angekündigt hat.

Das etatistische, irrational anmutende Modell der Glücksspielregulierung in Deutschland ist denn auch viel beklagt worden.⁸ Nicht zuletzt hat die Monopolkommission in ihrem jüngsten Hauptgutachten den Ländern attestiert,

⁴ Notifizierungsverfahren 2006/658/D nach der Richtlinie 98/34/EG zum Entwurf eines Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland.

⁵ Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2007/4866; mit deutlicher Kritik aus europarechtlicher Perspektive jüngst *Wernhard Möschel*, Glücksspiel und europäischer Binnenmarkt, *EuZW* 2013, 252: „Die Länder führen einen nahezu obsessiven Kampf gegen privates Spielangebot. Die vorgebliche Absicht, Spielsucht zu bekämpfen oder wenigstens zu kanalisieren, tritt faktisch zurück hinter vorrangigen fiskalischen Interessen.“

⁶ EuGH, Urteile vom 8. September 2010, Rs. C-46/08 (*Carmen Media*), Rs. C-316/07 (*Markus Stoß u.a.*), Rs. C-409/06 (*Winner Wetten*); zur Konsistenzargumentation des EuGH jüngst *Niels Petersen*, Gesetzgeberische Inkonsistenz als Beweiszeichen, *AöR* 138 (2013), 108, 124 ff.

⁷ Notifizierungsverfahren 2011/188/D nach der Richtlinie 98/34/EG, Ausführliche Stellungnahme (*Detailed Opinion*) und Bemerkungen der Europäischen Kommission auf Grundlage von Art. 9 Abs. 2, Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 98/34/EG vom 18. Juli 2011 zum Entwurf des 1. Glücksspieländerungsstaatsvertrags (1. GlüÄndStV) in der Fassung vom 14. April 2011.

⁸ Siehe im Einzelnen die Beiträge in *Michael Schmittmann* (Hrsg.), *Auf dem Weg zum Glücksspielstaatsvertrag 2012, 2011*; kritisch zum glücksspielrechtlichen Regulierungsdefizit jüngst *Möschel*, *EuZW* 2013, 252 (254 f.).

dass auch mit dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag „die gesellschaftlichen Ziele der Regulierung und deren Neuregelung immer noch nicht erreicht werden können“⁹ – der Glücksspielstaatsvertrag ein Dokument des Glücksspielstaatsversagens.

Dieser Befund allein würde noch nicht das Interesse des Gesetzgebungswissenschaftlers Kloepfer wecken – schlechte Gesetze gibt es viele, und das ist bis zur Grenze der Verfassungswidrigkeit im demokratischen Rechtsstaat hinzunehmen, wer sie beseitigen will, möge auf andere politische Mehrheiten hinwirken. Wie aber verhält es sich, wenn der „schlechte“ Gesetzgeber auch unlauter ist? Wenn er Gesetze macht, deren tatsächliche Motivation eine andere ist als die erklärte, etwa weil die wahre Begründung dem Gesetz die verfassungsrechtliche Legitimation nähme? Im rechtsstaatlichen Ideal erlässt das demokratisch legitimierte Parlament Gesetze, zu deren Begründung in den amtlichen Erläuterungen Regelungsziele angeführt werden, an deren Verfolgung und Durchsetzung sich diese auch messen lassen müssen. Vordergründig stellt sich die Frage, warum der Gesetzgeber in diesem Verfahren bewusst andere Regelungsziele angeben sollte als diejenigen, die er tatsächlich verfolgen möchte, schließlich hat er doch ein weites gesetzgeberisches Ermessen, aus welchen Gründen er bestimmte Lebensbereiche in welcher Intensität einer Regelung unterwerfen will. Kloepfers unvergessener Schüler *Thilo Brandner* hat dies in seiner Habilitationsschrift zur „Gesetzesänderung“ auf den Punkt gebracht: Zwar ist die Bindung an das Gemeinwohl „selbstverständliche Voraussetzung jeder verfassungsrechtlich gebundenen Gesetzgebung“¹⁰, aber die Gemeinwohlkonkretisierung liegt in der Hand des demokratisch legitimierten Gesetzgebers: Alle formell verfassungskonform zustande gekommenen Gesetze haben, soweit sie nicht materiell gegen die Verfassung verstoßen, als „gemeinwohlrichtig“ zu gelten.¹¹

Täuscht der Gesetzgeber den Normadressaten über seine wahren Ziele, weil diese zu offenbaren das Gesetz dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit aussetzt, ist die verfassungsrechtliche Lage indes weniger eindeutig als es das Unwerturteil des Rechtsunterworfenen nahelegt: So wenig der Gesetzgeber lügen darf, so wenig kann das unwahr begründete Gesetz die Grundrechte beschränken, das „lügende“ Gesetz ist verfassungswidrig. Die verfassungsrechtliche Untermauerung dieser These erweist sich indes als deutlich schwieriger. Das soll im Folgenden anhand eines besonders eklatanten Beispiels aus dem Glücksspielstaatsvertrag skizziert werden.

⁹ *Monopolkommission*, Stärkung des Wettbewerbs bei Handel und Dienstleistungen, Neunzehntes Hauptgutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 GWB, 30. Juni 2012, S. 1.

¹⁰ BVerfGE 50, 50 (51); *Thilo Brandner*, Gesetzesänderung, 2004, S. 343.

¹¹ *Brandner*, Gesetzesänderung, S. 347.

II. Wahre und unwahre Begründung zum Glücksspielstaatsvertrag

1. Das Monopolsystem für öffentliches Glücksspiel in Deutschland im Spannungsfeld von Ordnungsrecht der Länder und Kartellrecht der EU und des Bundes

Die Länder haben im Glücksspielbereich derzeit – rechtlich, nicht faktisch – ein Monopol auf die Veranstaltung der großen Zahlenlotterien wie „Lotto 6 aus 49“. Die von den Ländern für die Veranstaltung dieser Glücksspiele gegründeten Landeslotteriegesellschaften¹² haben sich im Deutschen Lotto- und Totoblock (DLTB) zusammengeschlossen, um die monopolisierten Lotterien gemeinsam und bundesweit einheitlich zu veranstalten. Dabei werden auch die Spieleinsätze bundesweit gepoolt, um möglichst hohe und damit attraktive Jackpots anbieten zu können.¹³ Gleichzeitig bilden die Landeslotteriegesellschaften ein Gebietskartell, in dem diese über ihr Annahmestellenetz jeweils nur in ihrem Sitzland Glücksspiele anbieten und nicht in Wettbewerb zu den Lotteriegesellschaften anderer Länder treten.¹⁴ Die Verteilung der Spieleinsätze zwischen den Landeslotteriegesellschaften soll dagegen streng regional erfolgen. Ziel ist es, jeder Landeslotteriegesellschaft das Teilnahmeentgelt der Spielteilnehmer aus dem eigenen Land zuzuweisen.

Daneben werden die monopolisierten Lotterien auch von unabhängigen sog. gewerblichen Spielvermittlern vertrieben, die Spielaufträge ihrer Kunden traditionell bei einer Landeslotteriegesellschaft ihrer Wahl einspielen und dafür entsprechende, individuell ausgehandelte Provisionen erhalten haben. Dadurch kommt es zu einem Wettbewerb zwischen den Landeslotteriegesellschaften um die vermittelten Spielaufträge, der insbesondere über die Provisionshöhe für die Spielvermittler ausgetragen wird. Die Länder hatten zunächst vergeblich versucht, diesen aus ihrer Sicht fiskalisch unerwünschten Wettbewerb zwischen den Landeslotteriegesellschaften durch den Regionalisierungsstaatsvertrag 2004¹⁵ zu neutralisieren, der vorsah, die von gewerblichen Spielvermittlern vermittelten Umsätze nach Art eines Länderfinanzausgleichs umzuverteilen. Nachdem das Bundeskartellamt und ihm folgend der Bundesgerichtshof den Regionalisierungsstaatsvertrag angesichts dieser wettbewerbsfeindlichen Zielsetzung für kartellrechtswidrig

¹² Mit Ausnahme Bayerns (die Staatliche Lotterieverwaltung in Bayern ist Mittelbehörde im Geschäftsbereich des bayerischen Finanzministeriums) und Berlins (die Deutsche Klassenlotterie Berlin ist rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts) sind alle Landeslotteriegesellschaften als Gesellschaften mit beschränkter Haftung verfasst; alle diese Veranstalter sind Unternehmen im Sinne des Kartellrechts, vgl. BGH, Beschluss vom 14. August 2008 – KVR 54/07, WM 2008, 1983 ff., juris-Rn. 25; das gilt auch für Bayern und Berlin.

¹³ Die Umsätze auf dem legalen deutschen Glücksspielmarkt betragen im Jahr 2010 insgesamt 31,53 Milliarden Euro, vgl. *Martin Pagenkopf*, NJW 2012, 2918.

¹⁴ BKartA, Beschluss vom 23. August 2006 – B10 – 92713 – KC – 148/05, WuW/E DE-V 1251 (1255 f.).

¹⁵ Staatsvertrag über die Regionalisierung von Teilen der von den Unternehmen des Deutschen Lotto- und Totoblocks erzielten Einnahmen vom 18. Dezember 2003, aufgehoben durch Art. 2 Abs. 3 des 1. GlüÄndStV.

erklärt und seine weitere Umsetzung untersagt hatten,¹⁶ versuchten die Länder sodann, die Wirkungen des Regionalisierungsstaatsvertrags ordnungsrechtlich durch einen landesbezogenen Erlaubnisvorbehalt für gewerbliche Spielvermittler wiederherzustellen.

2. Gesetzgebungshistorie des Erlaubnisvorbehalts für die gewerbliche Spielvermittlung von Lotterien nach dem Sportwettenurteil des Bundesverfassungsgerichts

Ausgangspunkt der Neuregelung des Glücksspielmonopols durch den zum 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Glücksspielstaatsvertrag war das sog. Sportwettenurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 23. März 2006, mit dem das Gericht das landesrechtliche Veranstaltungsmonopol für Sportwetten für verfassungswidrig erklärt hat, weil es nicht konsequent am (behaupteten) Ziel der Suchtprävention ausgerichtet ist, sondern letztlich der Mittelgenerierung zugunsten der Landeshaushalte und damit fiskalischen Zwecken dient. Fiskalische Interessen können Eingriffe in die Berufsfreiheit privater Unternehmer aber grundsätzlich nicht rechtfertigen. Wenn der Gesetzgeber also sich im Glücksspielbereich für ein Monopolsystem entscheidet, so sind die damit notwendig verbundenen Beschränkungen privater Glücksspielanbieter verfassungsrechtlich nur zulässig, wenn der Gesetzgeber die verfolgten Ziele (hier: die Suchtprävention) konsequent verfolgt.¹⁷

Unter Berücksichtigung der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts im Sportwettenurteil hat das Bundeskartellamt ebenfalls im Jahr 2006 den Wettbewerb zwischen den Landeslotteriegesellschaften um die Umsätze gewerblicher Spielvermittler für zulässig und kartellrechtlich erwünscht erklärt. Beschränkungen gewerblicher Spielvermittler zur Unterbindung dieses Wettbewerbs sind auch kartellrechtlich unzulässig. Dieser Beschluss wurde später vom Bundesgerichtshof bestätigt.¹⁸

3. Übertragung der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts auf Lotterien: Einführung eines Erlaubnisvorbehalts für die Lotterievermittlung

Die Länder haben das Sportwettenurteil aber nicht nur zum Anlass genommen, das Sportwettenmonopol auf eine neue gesetzliche Grundlage zu stellen. Sie haben die Argumentation des Bundesverfassungsgerichts zur konsequenten Ausrichtung eines Glücksspielmonopols an der Suchtprävention auch undifferenziert auf Lotterien übertragen, weil sie befürchteten, dass das Gericht bei nächster Gelegenheit mit der gleichen Begründung auch das fiskalisch viel lukrativere Lotterieveranstaltungsmonopol des Staates verwerfen könnte.

¹⁶ BKartA, Beschluss vom 23. August 2006 – B10 – 92713 – KC – 148/05, WuW/E DE-V 1251 ff.; BGH, Beschluss vom 14. August 2008 – KVR 54/07, WM 2008, 1983 ff., juris-Rn. 125.

¹⁷ BVerfG, Urteil vom 23. März 2006 – 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 ff.

¹⁸ BKartA, Beschluss vom 23. August 2006 – B10 – 92713 – KC – 148/05, WuW/E DE-V 1251 ff.; BGH, Beschluss vom 14. August 2008 – KVR 54/07, WM 2008, 1983 ff., juris-Rn. 125.

Im Zuge dieser Neuregelung wurde auch die vormals nur gewerberechtlich anzeigepflichtige gewerbliche Spielvermittlung der monopolisierten Lotterien erstmals in § 4 Abs. 1, § 9 Abs. 4 Satz 1 GlüStV a.F. unter einen Erlaubnisvorbehalt gestellt. Gleichzeitig haben die Länder die Geltung der Vermittlererlaubnisse auf das Gebiet des jeweiligen Landes beschränkt. Darüber hinaus wurden gewerbliche Spielvermittler durch Auflagen zu den Vermittlererlaubnissen verpflichtet, ihre bundesweit erzielten Umsätze in dem Land abzuliefern, in dem der Spielteilnehmer sich aufhält und für das die jeweilige Erlaubnis gilt. Dadurch haben die Länder auf ordnungsrechtlichem Wege erreicht, was ihnen kartellrechtlich rechtskräftig verboten wurde: Die von gewerblichen Spielvermittlern generierten Spieleinsätze werden zwischen den Landeslotteriegesellschaften streng regional aufgeteilt, so dass faktisch jeglicher Wettbewerb um diese Umsätze neutralisiert wird.

4. Unwahre Begründung des Erlaubnisvorbehalts für die gewerbliche Spielvermittlung: Keine empirische Grundlage für ein suchtpräventiv begründetes Erlaubnissystem

Nachdem sich der Glücksspielstaatsvertrag insgesamt – in enger Anlehnung an die Diktion des Bundesverfassungsgerichts im Sportwettenurteil – vorgeblich dem Suchtpräventionsgedanken verpflichtet sieht,¹⁹ wurde auch die Einführung der Erlaubnispflicht für gewerbliche Spielvermittler mit der Prävention von Spielsucht und angeblichen „vielfache(n) Missstände(n)“ in diesem Bereich begründet,²⁰ die im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens allerdings nie belegt wurden. An diesen Regulierungszielen wird auch in der novellierten, zum 1. Juli 2012 in Kraft getretenen Fassung des Glücksspielstaatsvertrags im Wesentlichen festgehalten.²¹

Dieser behauptete Gesetzeszweck hatte und hat keine empirische Grundlage und ist unwahr. Im Bemühen um vordergründige Legitimation durch Suchtbekämpfung haben die Länder um die Sicherung ihrer Monopolrente willen eine Suchtgefahr teils frei erfunden (etwa bei den Klassenlotterien oder dem Zahlenlotto) oder überhöht (etwa bei Sofortlotterien), obwohl es damals wie heute keinerlei empirische Grundlagen dafür gibt, dass von herkömmlichen Zahlenlotterien überhaupt Suchtgefahren in gesellschaftlich relevantem Umfang ausgehen. Tatsächlich sind die Suchtgefahren nach sämtlichen wissenschaftlichen Erkenntnissen bei den im Staatsmonopol veranstalteten Lotterien wie „Lotto 6 aus 49“ so gering, dass sich damit Beschränkungen privater Glücksspielanbieter auf einem restriktiven Niveau, wie der Glücksspiel-

¹⁹ „Erstes und wichtigstes Ziel ist die Vermeidung und Bekämpfung der Glücksspiel- und Wertsucht“, vgl. Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV), Erläuterungen, Entwurf, Stand: 6. Dezember 2006, S. 4, abgedruckt z.B. in Landtag Baden-Württemberg, LT-Drs. 14/1930 vom 20. Oktober 2007.

²⁰ Ebd., S. 13.

²¹ Vgl. § 1 Erster Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (1. Glücksspieländerungsstaatsvertrag – 1. GlüÄndStV) vom 15. Dezember 2011, Erläuterungen, Stand: 7. Dezember 2011, S. 5, abgedruckt z.B. in Landtag Baden-Württemberg, LT-Drs. 15/1570 vom 17. April 2012.

staatsvertrag sie für die gewerbliche Vermittlung dieser Lotterien vorsieht, nicht rechtfertigen lassen.²²

Es gibt daher keine ordnungsrechtliche Rechtfertigung für einen landesbezogenen Erlaubnisvorbehalt für die gewerbliche Spielvermittlung und die damit verbundene Pflicht, in einem Land generierte Spielaufträge nur bei der jeweiligen Landeslotteriegesellschaft einzuspielen.²³ Es ist bei ohnehin praktisch nicht suchtgefährlichen, bundesweit einheitlich veranstalteten Lotterien für das Ziel der Suchtprävention unerheblich, welche Lotteriegesellschaft einen Spielauftrag annimmt und das Teilnahmeentgelt zugewiesen bekommt, da alle Lotteriegesellschaften dieselbe Lotterie unter einheitlichen Bedingungen (Spielbeitrag, Gewinnchancen, Gewinnhöhe und Spielplan) anbieten. Ein unter suchtpreventiven Gesichtspunkten möglicherweise problematischer spielanreizender, grenzüberschreitender Wettbewerb zwischen den Spielangeboten mehrerer Länder ist bei diesen Glücksspielen von vornherein ausgeschlossen.²⁴

Dass sich eine landesbezogene Beschränkung von Vermittlererlaubnissen auch nicht zwingend aus der sog. „Lotteriehochheit“ der Länder²⁵ ergibt, folgt schon daraus, dass der Glücksspielstaatsvertrag in seiner zum 1. Juli 2012 in Kraft getretenen Fassung für das Angebot von Sportwetten und Klassenlotterien eine – unabhängig vom Sitz des Veranstalters – bundesweit einheitlich geltende Vertriebs Erlaubnis vorsieht. Letztlich verbirgt sich hinter dem (ideologisch überhöhten) Begriff der Lotteriehochheit ohnehin nichts anderes als die Gesetzgebungskompetenz der Länder auf dem Gebiet des Glücksspielrechts. Diese wird aber offensichtlich nicht beeinträchtigt, wenn bundesweit einheitlich veranstaltete Lotterien auch länderübergreifend vermittelt werden.²⁶

Die Fiktion einer Glücksspielsucht im Lotteriebereich kann denn auch die wahren Ziele des Glücksspielstaatsvertrags nur notdürftig camouflieren: Der

²² Vgl. nur *Heino Stöver*, Aufarbeitung der Ergebnisse der gerichtlichen Befragung und Einordnung der Ergebnisse in den allgemeinen Wissensstand zur Verbreitung und Gefahr einer „Lottosucht“, gutachterliche Stellungnahme vom 20. Oktober 2010, S. 36; *ders.*, Lottostudie II: Nationale und internationale Befunde zu Spielproblemen von Teilnehmern des Zahlenlottos, Universität Bremen, Bremer Institut für Drogenforschung (BISDRO), Oktober 2007; *Gerhard Meyer/Tobias Hayer*, Das Gefährdungspotenzial von Lotterien und Sportwetten, Universität Bremen, Institut für Psychologie und Kognitionsforschung, Mai 2005, *Sven Buth/Katja Thane/Heino Stöver*, Glücksspiele und Glücksspielprävention in Deutschland, Sucht Aktuell 1/2008, S. 34 ff.; *Sven Buth/Heino Stöver*, Glücksspielteilnahme und Glücksspielprobleme in Deutschland: Ergebnisse einer bundesweiten Repräsentativbefragung, Suchttherapie 2008, S. 3 ff.; *Tilman Becker*, Prävalenz des pathologischen Lottospielverhaltens in Deutschland, 2008; *Frank W. Peren/Reiner Clement*, Pathologie-Potenziale von Glücksspielprodukten, 2011; *Christian Meyer et al.*, Pathologisches Glücksspielen und Epidemiologie (PAGE): Entstehung, Komorbidität, Remission und Behandlung, Universität Lübeck und Universität Greifswald, Endbericht vom 29. März 2011.

²³ VG Gelsenkirchen, Urteil vom 6. April 2011 – 7 K 6737/08, juris-Rn. 111.

²⁴ Vgl. zum Ganzen *Hans D. Jarass*, Ausgestaltung und Anwendung der Erlaubnis für die Lotterievermittlung, ZfWG 2013, 1 (8 f.).

²⁵ Vgl. zu diesem Begründungsansatz Erster Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (1. Glücksspieländerungsstaatsvertrag – 1. GlüÄndStV) vom 15. Dezember 2011, Erläuterungen, Stand: 7. Dezember 2011, S. 39.

²⁶ *Jarass*, ZfWG 2013, 1 (10).

Glücksspielstaatsvertrag dient ganz vorrangig der Sicherung fiskalischer Interessen der Länder an der vom Bundeskartellamt verbotenen Umsatzaufteilung zwischen den Landeslotteriegesellschaften und der Neutralisierung jeglichen, aus fiskalischer Sicht unerwünschten Wettbewerbs um die Umsätze gewerblicher Spielvermittler, die aufgrund der behaupteten Einspielpflicht keine Motivation mehr haben, Spielvermittlern attraktive Konditionen anzubieten.²⁷

5. Tatsächliche Ziele des Erlaubnisvorbehalts für die gewerbliche Spielvermittlung: Fiskalisch erwünschte Umsatzaufteilung und Ausschluss jeglichen Wettbewerbs zwischen den Landeslotteriegesellschaften

Vor diesem Hintergrund entlarvt sich die Begründung des Erlaubnisvorbehalts für die gewerbliche Spielvermittlung mit der Prävention von Spielsucht als exekutive Unwahrheit. Sie wurde bei der Vorbereitung des Glücksspielstaatsvertrags bloß vorgeschoben, um die eigentlich verfolgten Ziele zu kaschieren (vgl. nachfolgend a)). Die wahre Absicht der Legislative bei Verabschiedung des Glücksspielstaatsvertrags ergibt sich dagegen aus den parlamentarischen Dokumentationen zum Gesetzgebungsverfahren: Der Glücksspielstaatsvertrag dient unabhängig von der (unwahren) suchtpreventiven Begründung, die die Exekutive in den Erläuterungen zum Glücksspielstaatsvertrag formuliert hat, allein der Sicherung des Glücksspielmonopols der Länder und der daraus erzielten Einnahmen (vgl. nachfolgend b) und c)). Die behaupteten Ziele der Suchtprevention spielten dagegen im Gesetzgebungsverfahren – wenn überhaupt – nur eine ganz untergeordnete Rolle.

a) Gesetzgebungsmaterialien der Exekutiveebene bei Vorbereitung des Glücksspielstaatsvertrags

Insbesondere dokumentiert ein Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 22. August 2011,²⁸ wie die Exekutive die kartellrechtswidrigen Gebietsabsprachen der Landeslotteriegesellschaften mit der anstehenden Neuordnung des Glücksspielsektors absichern und den Ausschluss jeglichen (Rest-)Wettbewerbs auf dem Nachfragemarkt für Lotterievermittlung gesetzlich festschreiben wollen. Diesem Zweck dienen demnach nicht nur die beabsichtigte Gründung einer Dachgesellschaft in § 10 Abs. 2 Satz 2 GlüStV,²⁹ sondern auch die Regelungen zum Internetvertrieb sowie zum landesbezogenen Erlaubnisvorbehalt für gewerbliche Spielvermittler. Folgerichtig lehnen die Glücksspielreferenten eine einheitliche, länderübergreifende Genehmigung für gewerbliche Spielvermittler, wie sie zum Beispiel für Anbieter von Sportwetten vorgesehen ist, nur deshalb ab, weil es andernfalls an einer (ohnehin nicht tragfähigen)

²⁷ Vgl. auch *Christian Bumke*, Der Staat 49 (2010), S. 77 (84) mit Fn. 42 u. 43; *Matthias Rossi*, Regionalisierung im Glücksspielrecht, Rechtsgutachten, Dezember 2012, S. 47 ff.

²⁸ Schreiben des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen an die für die Novellierung des Glücksspielstaatsvertrags federführende Staatskanzlei Sachsen-Anhalt vom 22. August 2011, Az. 52-VV 9052 – 8-30337/11.

²⁹ Vgl. auch die Aussage im dazu verfassten „Konzept gemeinsame Dach-Anstalt aller Länder“: „Das Konzept dient damit der Erhaltung des Lotteriemonopols und der damit verbundenen Landeseinnahmen und dem Erhalt der Lottogesellschaften der Länder.“

ordnungsrechtlichen Legitimation für die kartellrechtswidrige Regionalisierung fehlen würde.

b) Äußerungen in den Länderparlamenten im Zusammenhang mit den Zustimmungsgesetzen zum Glücksspielstaatsvertrag

Daneben lässt sich für zahlreiche Länder anhand der Äußerungen in den parlamentarischen Beratungen nachweisen, dass die Zustimmung zum Glücksspielstaatsvertrag ganz vorrangig fiskalisch motiviert war. So berge eine „Liberalisierung“ des Glücksspielmarkts nach Ansicht eines Abgeordneten des Landtags von Baden-Württemberg die Gefahr, „dass der Breitensport künftig leer ausgeht und die direkte Förderung sozialer und kultureller Zwecke infrage steht“.³⁰ Nach der einleitenden Begründung zum Berliner Glücksspielgesetz hätte der Wegfall des staatlichen Glücksspielmonopols zur Folge, „dass (...) die Einnahmen der Länder aus dem staatlichen Glücksspielmonopol weitgehend entfielen“.³¹ Im Hessischen Landtag begründete ein Abgeordneter dementsprechend: „Daher sind Suchtprävention und Jugendschutz ein sachlicher und nicht von der Hand zu weisender Grund. (...) Ich glaube, am Ende zählt aber (...) natürlich auch die Frage des Geldes.“³²

Noch deutlicher wurde die Instrumentalisierung der Suchtprävention zur Sicherung des Glücksspielmonopols in der Debatte im Niedersächsischen Landtag: „Der neue Glücksspielstaatsvertrag schafft durch die konsequente Ausrichtung auf die Suchtprävention die Voraussetzung dafür, dass das staatliche Glücksspielmonopol auch zukünftig in den Bundesländern Bestand haben kann. (...) das ist letztendlich der entscheidende Punkt“³³; sowie im Landtag des Saarlandes: „Wir wollen das staatliche Wettspielmonopol in Deutschland, und damit auch im Saarland, so lange wie irgend möglich und so weit wie irgend möglich gegen den Angriff privater Wettanbieter schützen.“³⁴ Im Schleswig-Holsteinischen Landtag wurde vom damaligen Innenminister für die Zustimmung zum Glücksspielstaatsvertrag mit folgendem Argument geworben: „(...) wäre es nicht nur nachteilig für Schleswig-Holstein, wenn wir nicht zustimmten, sondern es wäre katastrophal, wäre Schleswig-Holstein das einzige Land, das nicht zustimmt. Dann würden nämlich die Mittel wegfallen, die wir dringend brauchen, um den Sport und andere Dinge zu fördern (...)“.³⁵

Auch bei der Novellierung des Glücksspielstaatsvertrags standen ganz vorrangig fiskalische Ziele im Vordergrund. So äußerte etwa die nordrhein-westfälische Ministerpräsidentin *Kraft*, nachdem sich

³⁰ Landtag von Baden-Württemberg, Plenarprotokoll 14/33 vom 7. November 2007, S. 2190.

³¹ Drs. 16/0826 des Abgeordnetenhauses von Berlin vom 18. September 2007, S. 4.

³² Hessischer Landtag, Plenarprotokoll 16/120 vom 14. Dezember 2006, S. 8363 f.

³³ Niedersächsischer Landtag, Plenarprotokoll 15/136 vom 14. Dezember 2007, S. 16354.

³⁴ Landtag des Saarlandes, Plenarprotokoll 13/46 vom 30./31. Oktober 2007, S. 2647 f.

³⁵ Schleswig-Holsteinischer Landtag, Plenarprotokoll 16/75 vom 13. Dezember 2007, S. 5431 f.

die Länder auf der Ministerpräsidentenkonferenz im Oktober 2010 darauf verständigt hatten, am staatlichen Lotteriemonopol festzuhalten: „Ich bin froh, dass die Regierungschefs zum Monopol stehen. Das ist wichtig für diejenigen, die von den Erlösen profitieren.“ Der Bayerische Ministerpräsident *Seehofer* erklärte: „Ich sage ganz offen, dass das fiskalische Interesse ein großes ist, nämlich die finanziellen Mittel für den Staat nicht zu verlieren. Ich wüsste nicht, wie ich das in Bayern ausgleichen sollte.“³⁶

c) Amtliche Begründung der Ausführungsgesetze der Länder zum Glücksspielstaatsvertrag

Die wahren Gründe für die Zustimmung der Landesparlamente zum Glücksspielstaatsvertrag lassen sich auch in der amtlichen Begründung der Ausführungsgesetze der Länder zum Glücksspielstaatsvertrag aufspüren. So heißt es etwa im Entwurf der Hessischen Landesregierung für ein Hessisches Glücksspielgesetz: „Der von den gewerblichen Spielvermittlern eingeführte Wettbewerb verschiedener Veranstalter nach § 10 Abs. 2 des Glücksspielstaatsvertrags um Kunden in einem Land war und ist nicht zulässig.“³⁷ Diese Aussage ist eine – für die Abgeordneten des Hessischen Landtags vermutlich nicht erkennbare – rechtsstaatlich präzedenzlose Auflehnung der Landesexekutive gegen das Bundeskartellamt, das in seiner (in der Gesetzesbegründung mit keinem Wort erwähnten) Entscheidung vom 23. August 2006 (unter intensiver Auswertung der Sportwetten-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts) aus europäischem und deutschem Kartellrecht hergeleitet hat, dass eben jener genannte Wettbewerb weder durch die Landeslotteriegesellschaften noch ihre Gesellschafter, die Länder, beeinträchtigt oder gar verhindert werden darf.³⁸

Eine vergleichbar wettbewerbsfeindliche Motivation findet sich auch in der Begründung zum Ausführungsgesetz zum Glücksspielstaatsvertrag in Baden-Württemberg: „Ohne eine solche territoriale Bindung der Spielvermittlung drohte das staatsvertragliche Erfordernis einer landesstaatlichen Erlaubnis für öffentliches Glücksspiel in der Praxis völlig unterlaufen zu werden. (...) Faktisch könnte diese landesrechtliche Begrenzung (der Veranstaltungserlaubnisse für die Landeslotteriegesellschaften, Anm. d. Verf.) aber über die gewerbliche Spielvermittlung ohne weiteres umgangen werden mit der Folge, dass den erlaubniserteilenden Ländern die Möglichkeit genommen würde, das Glücksspielangebot in ihrem Land in eigener Verantwortung zu steuern.“³⁹

³⁶ Jeweils zitiert nach VG Berlin, Beschluss vom 23. November 2010 – VG 35 L 430.10, Bl. 9 f. des Umdrucks – unveröffentlicht.

³⁷ Hessischer Landtag, LT-Drs. 16/7656 vom 23. August 2007, S. 19.

³⁸ BKartA, Beschluss vom 23. August 2006 – B10 – 92713-Kc-148/05, WuW/E DE-V 1251 (1257 ff.).

³⁹ Landtag von Baden-Württemberg, LT-Drs. 14/2205 vom 8. Januar 2008, S. 30.

Eine solche „Steuerung in eigener Verantwortung eines Landes“ gab und gibt es nicht, wenn das Glücksspielangebot bundeseinheitlich ist und die Umsätze gepoolt werden. Der landesbezogene Erlaubnisvorbehalt soll also nur verhindern, dass das zwischen den Landeslotteriegesellschaften abgesprochene Gebietskartell auf Veranstaltungsebene durch bundesweit tätige gewerbliche Spielvermittler unterlaufen wird.⁴⁰ Ziel ist es, dass die in einem Land generierten Spieleinsätze auch bei bundesweit einheitlicher Veranstaltung allein der jeweiligen Landeslotteriegesellschaft zugutekommen, ohne umgekehrt die fiskalisch lukrative bundesweite Poolung der Spieleinsätze aufgeben zu müssen. Eine ordnungsrechtliche Rechtfertigung dafür existiert nicht.

Bei alledem wussten die Länder: Die wahren Gründe – Sicherung der Monopolrente und Wettbewerbsverhinderung – können Beschränkungen privater Glücksspielanbieter von vornherein nicht rechtfertigen.⁴¹ Diese eigentliche legislative Begründung für den Glücksspielstaatsvertrag ist daher als solche verfassungswidrig. Die vorgeschobene Begründung der Suchtprävention dient dagegen allein dazu, den Glücksspielstaatsvertrag vor dem Hintergrund des Sportwettenurteils gerichtsfest zu machen.⁴²

6. Gesetzesgenetische Erschwernisse bei Staatsverträgen

Wären die dargestellten Unwahrheiten im Gesetzgebungsverfahren schon für sich genommen geeignet, die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes insgesamt in Frage zu stellen (dazu nachfolgend IV.), so kommt bei Staatsverträgen erschwerend hinzu, dass an den Wahrheitsgehalt der Begründung für einen Staatsvertrag besonders strenge Maßstäbe anzulegen sind. Die Regelungen eines Staatsvertrags samt Erläuterungen werden von der Exekutive verfasst. Im anschließenden parlamentarischen Verfahren zum Erlass des Zustimmungsgesetzes, mit dem der Staatsvertrag in Landesrecht transformiert wird, sind die Einflussmöglichkeiten der Legislative in verfassungsrechtlich besorgniserregender Weise begrenzt. Die Landtage haben keine Möglichkeit, in den Staatsvertrag und seine Begründung, die – systemimmanent – später als von ihnen autorisierte „Gesetzesbegründung“ figuriert, korrigierend einzugreifen. Sie können den Staatsvertrag nur als Ganzes ablehnen – was unter den parlamentarischen Gegebenheiten einem partikula-

⁴⁰ Rossi, Regionalisierung im Glücksspielrecht, S. 7 f.

⁴¹ Vgl. nur EuGH, Urteil vom 8. September 2010, Rs. C-46/08 (Carmen Media), Rn. 66; BVerfG, Urteil vom 28. März 2006, Az. 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 ff.

⁴² Dementsprechend haben einige Gerichte unter Bezug auf die Erläuterungen zum GlüStV die Regionalisierungspflicht für gewerbliche Spielvermittler inzwischen (unzutreffend) als rechtmäßig bestätigt, vgl. VG Wiesbaden, Urteil vom 17. Februar 2011 – 5 K 1328/09.WI – juris; VG Karlsruhe, Urteil vom 14. April 2010 – 3 K 3851/09 – juris; VG Saarlouis, Urteil vom 6. Juni 2012 – 6 K 177/10 – juris; anders dagegen unter Verweis auf die tatsächliche fiskalische und wettbewerbsfeindliche Motivation des Gesetzgebers VG Berlin, Beschluss vom 3. November 2010 – VG 35 L 395.10, Rn. 9 – juris (ständige Rechtsprechung); VG Halle, Urteil vom 11. November 2010 – 3 A 158/09 HAL, Rn. 115 – juris; VG Gera, Urteil vom 14. Dezember 2010 – 5 K 155/09 Ge, Rn. 81 – juris; VG Gelsenkirchen, Urteil vom 6. April 2011 – 6 K 67378, Rn. 109 ff. – juris.

ren Misstrauensvotum gegen die von den Mehrheitsfraktionen getragene Landesregierung gleichkäme – oder ihm unbedingt zustimmen. Diesen Umstand haben sich die Autoren des Glücksspielstaatsvertrags sowie des 1. Glücksspieländerungsstaatsvertrags zunutze zu machen gewünscht.

Im Falle des 1. Glücksspieländerungsstaatsvertrags kam eine weitere prozedurale Komplikation hinzu, die gleichfalls ohne Präzedenz ist: Angesichts der massiven, vor allem europarechtlich akzentuierten Kritik am Vertragsentwurf billigte die Ministerpräsidentenkonferenz diesen zwar, stellte seine Ratifizierung jedoch unter den Vorbehalt einer „abschließenden positiven Stellungnahme der Europäischen Kommission im Notifizierungsverfahren“, das nach der technischen Richtlinie 98/34/EG einzuleiten war. In der am 20. März 2012 bekannt gewordenen Stellungnahme verweigerte die Kommission aber eine solche abschließend positive Beurteilung.

Welche Bedeutung die Länder dem Brüsseler Votum tatsächlich beimaßen, zeigt sich indes an der Äußerung eines Beamten aus der von den Chefs der Staatskanzleien (CdS) eingesetzten Arbeitsgruppe für den Glücksspielstaatsvertrag *vor* Eingang der Stellungnahme der Kommission, man werde die Ratifizierung unabhängig von deren Ergebnis einleiten. Dahinter steckt ein manipulatives Verhaltensmuster: Schon die schriftliche Anhörung zum Glücksspielstaatsvertrag Ende 2006 war durch massive Ergebnisbeeinflussung geprägt. Obwohl rund 90 umfangreiche, ganz überwiegend ablehnende Stellungnahmen eingegangen waren, kamen die Glücksspielreferenten nach nur fünf Arbeitstagen zur Auswertung aller Stellungnahmen zu dem – später falsifizierten – Ergebnis, dass der Vertragsentwurf verfassungs- und europarechtskonform sei. Die daraufhin gestellten Akteneinsichtsansträge, sämtliche zugehörigen Unterlagen der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, wurden abgelehnt. In der Tischvorlage zur entscheidenden Ministerpräsidentenkonferenz am 13. Dezember 2006 hieß es zu den geheim gehaltenen Stellungnahmen lapidar, es hätten sich „keine neuen Aspekte in der Sache“ ergeben.

Auch die nach § 27 GlüStV a.F. im Jahr 2010 eingeleitete Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrags wurde von der verantwortlichen CdS-Arbeitsgruppe manipuliert: Die sog. „Strukturierte Anhörung“ im Mai 2010 und der mit der Erkenntnis verblüffende (Selbst-)Evaluierungsbericht der Glücksspielreferenten vom 1. September 2010, alle Vorschriften des Glücksspielstaatsvertrags hätten sich „bewährt“, genügten nicht den Anforderungen an ein transparentes, ergebnisoffenes Verfahren der Normbeobachtung und retrospektiven Gesetzesfolgenabschätzung. Zudem bestehen dringende Verdachtsmomente, dass die CdS-Arbeitsgruppe die „International vergleichende Analyse des Glücksspielwesens“ von 2009, auf die sich die Begründung des 1. Glücksspieländerungsstaatsvertrags stützt, in „monopolfreundlicher“ Weise manipuliert hat, wie eine im Internet⁴³ abrufbare Synopse des Entwurfs (April 2009) mit dem finalen Gutachten (Juli 2009) zeigt.

Die Umstände der mit Blick auf das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip prekären Genese des Glücksspielstaatsvertrags und des 1. Glücksspieländerungsstaatsvertrags sind bislang weder gesetzgebungs- und verwaltungswissenschaftlich noch juristisch und auch nicht kriminologisch aufgearbeitet. Empirische Beobachtungen belegen eine Sondersituation: Es herrscht eine weitestgehende Personenidentität zwischen den Verfassern der Staatsvertragsentwürfe (*Normvorbereitungsebene*), den obersten Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder (*Normvollzugsebene*) und der mit der Evaluierung und Novellierung des Staatsvertrags befassten Arbeitsgruppe (*Normbeobachtungsebene*). In diesem personellen und temporalen Kontinuum wird jenes irrational-etatistische Modell staatlicher Glücksspielregulierung perpetuiert, das sich gegen modell-inkompatible Erkenntnisse suchtepidemiologischer, ökonomischer, soziologischer oder juristischer Forschung autoimmunisiert hat. So wurde noch im Jahr 2012 vor sachsen-anhaltischen Verwaltungsgerichten der vollständige Ausschluss gewerblicher Spielvermittler mit den Gefahren der Lottosucht begründet, obwohl das Verwaltungsgericht Halle/Saale Ende 2010 nach einer deutschlandweiten empirischen Erhebung bei Betreuungsgerichten und Fachkliniken genau diese Suchtgefahr in einer (rechtskräftigen) Entscheidung in das Reich der Phantasie verwiesen hat.⁴⁴ Innerhalb dieses Kontinuums wird eine Modellstringenz gepflegt, die allein es prima facie erklärbar macht, dass die restriktiven Vertriebs- und Werbevorschriften unter dem Glücksspielstaatsvertrag ausschließlich – und dann mit größtmöglicher Härte – gegenüber *privaten* Akteuren auf den Glücksspielmärkten vollzogen wurden, während die staatlichen Monopolgesellschaften von einem vollständigen Ausfall ordnungsrechtlicher Kontrolle profitierten, der nur teilweise durch die von Privaten induzierte wettbewerbsrechtliche Disziplinierung der Monopolisten kompensiert werden konnte. Das hat zuletzt der Bayerische Verwaltungsgerichtshof in beispielloser Deutlichkeit festgestellt.⁴⁵

Ähnliche Auffälligkeiten zeigten sich bei Errichtung und Besetzung des Fachbeirats Glücksspielsucht, dessen Mitglieder in einem intransparenten Verfahren nach dem Kriterium strikter „Monopoltreue“ ausgewählt wurden. Jüngstes Beispiel ist die Berufung eines früheren Glücksspielreferenten, der an der Entwicklung des Glücksspielstaatsvertrags maßgeblich beteiligt war, in dieses Gremium; damit ist eine wissenschaftlich unabhängige und objektive Beratung der Länder durch diesen Fachbeirat planmäßig ausgeschlossen. Ein ähnlicher Ansatz wird mit dem – teilweise verfassungswidrig handelnden⁴⁶ – Glücksspielkollegium verfolgt. Seinen Vorsitz hat der maßgebliche Autor des 1. Glücksspieländerungsstaatsvertrags übernommen, der damit nicht nur zum authentischen Interpreten seines eigenen Gesetzentwurfs, sondern auch zum maßgeblichen Vollzugsorgan dieses Gesetzes wird.

⁴⁴ VG Halle/Saale, Urteil vom 11. November 2010 – 3 A 158/09 – juris. Die Absurditäten der vorgeschobenen Lottosuchtprävention überaus lesenswert karikierend jüngst *Benjamin Lashus*, myops 17/2013, S. 31 ff.

⁴⁵ BayVGH, Urteil vom 26. Juni 2012 – 10 BV 09.2259 – juris.

⁴⁶ *Christoph Degenhart*, Rechtsfragen des ländereinheitlichen Verfahrens nach dem Entwurf eines Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland, Rechtsgutachten, Dezember 2011, S. 4, 8 ff.; *ders.*, Poker und Glücksspiel, Handelsblatt vom 13. Dezember 2011, S. 18.

III. Parallele zu verfassungsrechtlichen Instituten

Die Landesparlamente sind also in einem gesetzgeberischen Dilemma: Die wahren, fiskalischen Ziele des GlüStV sind von vornherein verfassungsrechtlich ungeeignet, ein Monopol – als schwersten Eingriff in die Berufsfreiheit – zu rechtfertigen. Das vorgeschobene Ziel der Suchtbekämpfung ist unlauter, weil es empirisch keinen Beleg für eine Lottosucht gibt. Die Begründung des Staatsvertrags lässt dabei erkennen, dass die Exekutive den Landtagen in Form der Täuschung über die wahre Motivation einen Ausweg aus diesem Dilemma zu verschaffen versucht hat, was dieser zur Sicherung der damit einhergehenden Monopolrente gerne aufgenommen hat.

Würde man demoskopisch die Frage stellen, ob der Gesetzgeber lügen darf, wäre das Ergebnis wohl eindeutig: Das darf er im Rechtsstaat des Grundgesetzes sicher nicht, und er darf es auch dann nicht, wenn die Exekutive ihn in der Sondersituation der Staatsvertragsratifizierung dazu verleitet. Man mag es dann als beruhigenden Befund des zivilisatorischen Zustands unserer Gesetzgebung ansehen, dass die Frage des auf Lüge fußenden Gesetzes weder die Staatsrechtslehre noch die Verfassungsgerichte intensiv beschäftigt hat. Prima facie vermeldet das Staatsrecht Fehlanzeige. Anknüpfungspunkte für weiterführende Überlegungen innerhalb etablierter Kategorien bilden die Institute der „symbolischen Gesetzgebung“ und das „Gebot der Folgerichtigkeit“ als Ausprägung der „Normenwahrheit“.

1. Symbolische Gesetzgebung

Der Begriff einer Täuschungsabsicht des Gesetzgebers wird – soweit ersichtlich – wenn überhaupt nur im Rahmen der sogenannten „symbolischen Gesetzgebung“ explizit diskutiert.⁴⁷ Gemeint sind damit Normen, die eine Steuerungsleistung suggerieren, welche tatsächlich aber von ihnen nicht geleistet wird.⁴⁸ Symbolische Gesetzgebung bezeichnet somit eine Differenz zwischen vorgetäuschter und tatsächlicher Steuerungsleistung, um so eine Verhaltensbeeinflussung zu erreichen.⁴⁹ Der betreffende Rechtssatz erfüllt den Tatbestand eines rechtlichen Normgeltungsbefehls, ist aber trotzdem rechtlich bedeutungslos,⁵⁰ da er keine rechtliche Geltung erlangt.⁵¹ Als Beispiel wurde in der Literatur die Fortentwicklung des Rechts der Abfallbeseitigung zu einem Recht der Kreislaufwirtschaft herangezogen. Das vormalige Abfallrecht habe fast ausschließlich die umweltgerechte Entsorgung von Abfällen geregelt, wogegen das KrW-/AbfG mittels Regelungen über die Produktverantwortung (§§ 22 ff. KrW-/AbfG) bereits auf die Produktion mit dem Ziel einwirke, die Entsorgung der späteren „Produktabfälle“ zu berück-

⁴⁷ Vgl. *Stephan Meyer*, Die Verfassungswidrigkeit symbolischer und ungeeigneter Gesetze, *Der Staat* 48 (2009), 278 (281).

⁴⁸ *Gertrude Lübbe-Wolff*, Erscheinungsformen symbolischen Umweltrechts, in: Hansjürgens/Lübbe-Wolff, *Symbolische Umweltpolitik*, 2000, S. 26.

⁴⁹ *Martin Führ*, Symbolische Gesetzgebung – verfassungswidrig?, *KritV* 2003, 6; *Lübbe-Wolff*, Erscheinungsformen symbolischen Umweltrechts, in: Hansjürgens/Lübbe-Wolff, *Symbolische Umweltpolitik*, 2000, S. 25.

⁵⁰ *Jan H. Klement*, Verantwortung. Funktion und Legitimation eines Begriffs im Öffentlichen Recht, 2006, S. 542.

⁵¹ *Klement*, Verantwortung, S. 542.

sichtigen,⁵² um so eine umweltverträgliche Verwertung und Beseitigung sicherzustellen. Diese Produktverantwortung könne über Rechtsverordnungen konkretisiert werden, beanspruche aus sich heraus jedoch keinerlei Verbindlichkeit und hat keine Steuerungsfunktion im Hinblick auf die spätere Entsorgung.⁵³ Gegenstand der Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit symbolischer Gesetzgebung ist jedoch eine Täuschungsabsicht des Gesetzgebers „nur“ insoweit, als ein von ihm geschaffenes Gesetz in Wahrheit seinen Normbefehl nicht zu erfüllen vermag, sein Vollzugauftrag somit unvollständig bleiben muss. Ein vorsätzlich über seine wahren Motive täuschender Gesetzgeber wird von dieser Kategorie nicht erfasst.

2. Gebot der Folgerichtigkeit (Normenwahrheit)

a) Reichweite

Für die Berechenbarkeit und Messbarkeit staatlichen Handelns müssen die Gesetze und die daraus abgeleiteten Rechtsnormen und Einzelfallentscheidungen hinreichend bestimmt sein (Bestimmtheitsgebot).⁵⁴ Nach dem Bestimmtheitsgrundsatz muss ein Gesetz in seinen Voraussetzungen und in seinem Inhalt so klar formuliert sein, dass der Adressat die Rechtslage erkennen und sein Verhalten danach bestimmen kann.⁵⁵ Die Normenwahrheit als speziellere Ausprägung verbietet die innere Widersprüchlichkeit und damit Unklarheit eines Gesetzes hinsichtlich der Festlegung des Gesetzeszwecks.⁵⁶ Mit anderen Worten geht es um eine eklatante Diskrepanz zwischen der ausdrücklich positiv-rechtlichen Zweckbestimmung und dem durch Auslegung zu gewinnenden Sinn des Regelungsgehalts eines Gesetzes.⁵⁷ Die Normerwartung darf dabei nicht als subjektive „Wunschregelung“ des Normadressaten missverstanden werden, sondern ist nach den herkömmlichen Methoden der Auslegung zu bestimmen.⁵⁸ Jedes Gesetz „muss halten, was es verspricht“⁵⁹, und der Gesetzgeber muss sich „an den im Gesetz angelegten Wertungen festhalten lassen“.⁶⁰ Dieser zunächst naheliegende Befund ist in der Verfassungsrechtswirklichkeit noch nicht lange eine Selbstverständlichkeit. In Abkehr von dem Grundsatz: „der Gesetzgeber schuldet nicht mehr als das Gesetz selbst“ hat das Bundesverfassungsgericht in seiner jüngeren Rechtsprechung den Gesetzgeber sukzessive beim Wor-

⁵² Alexander Schink, Elemente symbolischer Umweltpolitik im Abfallrecht, in: Hansjürgens/Lübbe-Wolff, Symbolische Umweltpolitik, 2000, S. 104 f.

⁵³ Schink, Elemente symbolischer Umweltpolitik im Abfallrecht, S. 124^{f.}, 138 f.; Klement, Verantwortung, S. 565.

⁵⁴ Karl-Peter Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein, GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 Abs. 3 Rn. 289.

⁵⁵ BVerfG, NJW 2005, 1338 (1339); 2363 (2371); 2603 (2607); BVerfGE 108, 52 (75); 110, 33 (53 f.).

⁵⁶ Vgl. Roberto Bartone, in: Rensen/Brink (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 2009, S. 308; zum Gebot der widerspruchsfreien Normgebung Michael Kloepfer/Klaus T. Bröcker, DÖV 2001, 1 (8^{ff.}).

⁵⁷ Stephan Meyer, Der Staat 48 (2009), 278 (295).

⁵⁸ Klaus-Dieter Drüen, Normenwahrheit als Verfassungspflicht?, ZG 2009, 60 (66).

⁵⁹ Rudolf Mellinghoff, in: Festschrift für Bareis, 2005, S. 171 (192).

⁶⁰ Drüen, ZG 2009, 60 (74).

te genommen und insbesondere aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) immer engere Forderungen an die Rationalität der Gesetzgebung gestellt.⁶¹ Ergebnis dieser Rechtsprechung ist eine deutliche Akzentverschiebung von einer formellen Betrachtungsweise hin zum materiellen Gebot der Folgerichtigkeit von Gesetzen.⁶² Nachdem das Bundesverfassungsgericht zunächst die Normenklarheit in den Vordergrund rückte,⁶³ werden nunmehr in Weiterentwicklung der Maxime, dass die Verlässlichkeit des Rechts nur dann gegeben ist, wenn der Adressat auch den Inhalt der ihn betreffenden Regelung mit hinreichender Sicherheit feststellen kann, innerhalb der Kategorie der sogenannten *Normenwahrheit* höhere Anforderungen an die Erkennbarkeit der Normveranlassung statuiert.⁶⁴ Das Prinzip der Normenwahrheit enthält dabei zwei Ordnungsaufträge: Einerseits müssen Normerwartung des Rechtsanwenders und Normgehalt in Einklang gebracht werden, andererseits muss sich der Gesetzgeber an seinen in dem Gesetz angelegten Wertungen festhalten lassen.⁶⁵

b) Verstoß gegen die Normenwahrheit

Gesetzgebung ist ein Prozess, an dem mehrere Mitwirkungsberechtigte in unterschiedlichen Rollen partizipieren und an dessen Ende das Gesetz als Endprodukt steht, das die Rechtsprechung rezipieren und mit dem sie operieren muss. Während der demokratische Prozess der Gesetzgebung grundsätzlich geradezu als die institutionalisierte Form der Kompromissbildung verstanden werden kann,⁶⁶ verengt sich bei einer Abstimmung über einen Staatsvertrag einschließlich der ihm zugrundeliegenden Materialien das Entscheidungsprogramm für die Landtagsabgeordneten auf ein einfaches „Ja“ oder „Nein“.⁶⁷ Insoweit gibt es mit dem Parlament zwar einen demokratisch legitimierten Gesetzgeber, der jedoch unter Umständen über ein allein von der Exekutive entworfenes, mit deren Herrschaftswissen formuliertes Gesetz zu entscheiden hat, wobei sich seine Mitwirkungs- und Informationsrechte auf ein Minimum reduzieren. Ohne die schwierigen und höchst umstrittenen Fragen der Wissenszurechnung im Rahmen des legislativen Gesetzgebungsverfahrens abschließend erörtern zu müssen,⁶⁸ ist festzustellen, dass am Ende des

⁶¹ Bumke, Der Staat 49 (2010), 77 (80); Matthias Cornils, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Rechtsstaat, DVBl. 2011, 1053.

⁶² Zum Beispiel: BVerfGE 108, 1 (209); dazu jüngst Petersen, AöR 138 (2013), 108 (128 ff.).

⁶³ BVerfGE 5, 25 (31^{f.}); 22, 330 (346).

⁶⁴ BVerfGE 108,1 (20); 118, 277 (366).

⁶⁵ Drüen, ZG 2009, 60 (74).

⁶⁶ Helmuth Schulze-Fielitz, Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung, 1988, S. 404 ff.

⁶⁷ Matthias Knothe, (Rundfunk-)Staatsverträge, Faktische Gesetzgebung der Regierungen unter Ausschluss der Parlamente?, ZRP 2010, 181 (182).

⁶⁸ Zum Gefälle von Wissen und Expertise zwischen der fachbehördlichen Exekutive und dem parlamentarischen Gesetzgeber Vanessa Heinz, Der Schleier des Nichtwissens im Gesetzgebungsverfahren, 2009, S. 370. Siehe auch: Cornils, DVBl. 2011, 1053 (1059); Uwe Kischel, Die Begründung. Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, 2003,

beschriebenen Gesetzesverfahrens über den Glücksspielstaatsvertrag eine für den Gesetzesanwender zunächst nach außen nicht erkennbare Divergenz zwischen in den Gesetzgebungsmaterialien vorzufindenden (Suchtprävention) und tatsächlich zugrundeliegenden Gesetzgebungszwecken (Perpetuierung des staatlichen Monopols und Konkretisierung der Geltungsansprüche des Kartellrechts) vorliegt.

Dies führt zu erheblichen Problemen bei der späteren Auslegung des Gesetzes. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits in einer Entscheidung vom 21. Mai 1952⁶⁹ festgestellt, dass für die Auslegung einer Gesetzesvorschrift der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend ist, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und dem Sinnzusammenhang ergibt, und dass der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zukommt, „als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können“.⁷⁰ Werkzeuge für die Ermittlung dieses objektivierten Willens des Gesetzgebers sind bekanntermaßen neben der grammatikalischen und systematischen Auslegung ergänzend auch die historische Auslegung, für die regelmäßig die „Gesetzesmaterialien“ herangezogen werden. Ist deren Inhalt jedoch unzutreffend, so wird dies häufig auch auf das Auslegungsergebnis durchschlagen.

Diese einer unwahren Gesetzgebungsbegründung immanente Gefahr der Fehlinterpretation hat sich in der Rechtsanwendungspraxis zum Glücksspielstaatsvertrag realisiert. Etliche Verwaltungsgerichte und auch eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts (im Beschluss vom 14. Oktober 2008⁷¹ BvR 928/08) haben sich bei ihrer Gesetzesexegese von den vorgeschobenen Idealen der Staatsvertragsbegründung täuschen lassen und diese ihrer Auslegung zugrunde gelegt. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit rezipieren die Gerichte den vorgeschobenen legitimen Zweck der Suchtgefahr und belegen diesen ausdrücklich mit dem historischen Willen des Gesetzgebers.⁷¹ Bezeichnenderweise hat die fehlgeleitete Kammerentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu einem „Weiterfresserschaden“ geführt. Ohne tiefer gehende Argumentationen verweisen die Instanzgerichte auf einen dem Gesetzgeber durch das Verfassungsgericht im

S. 358 ff.; *Philippe Mastronardi*, Verfassungslehre: Allgemeines Staatsrecht als Lehre vom guten und gerechten Staat, 2007, Rn. 415.

⁶⁹ BVerfGE 1, 299 (312); bestätigt durch BVerfGE 10, 234 (244).

⁷⁰ Zur Entwicklung der Formel vom „objektivierten Willen des Gesetzgebers“ grundlegend *Georg Schwalm*, in: Festschrift für Ernst Heintz, 1972, S. 48 ff.; instruktiv zur Bedeutung der Materialien für die Auslegung von Gesetzen *Ulrich Burgard*, in: Festschrift für Walther Hadding, 2004, S. 325, 337 ff.; zum Ganzen der soeben erschienene Sammelband *Holger Fleischer* (Hrsg.), Mysterium „Gesetzesmaterialien“, 2013.

⁷¹ So beispielsweise VG Saarlouis, Urteil vom 19. Januar 2012 – 6 K 521/10, juris-Rn. 81 ff.

Bereich der Suchtprävention eingeräumten Spielraum.⁷² Dies wiegt umso schwerer, als gerade bei der vorgenommenen Auslegung der vermeintlichen Regionalisierungsregelung des § 9 Abs. 4 GlüStV die grammatikalische wie systematische Auslegung keinen Erkenntnisgewinn bringen und das in der historischen Auslegung ermittelte (falsche) Gesetzesmotiv zum Ausgangspunkt der teleologischen Auslegung wird. Auch das berechtigte Vorbringen, dass sich mit den Protokollen aus den einzelnen Landtagssitzungen nachdrücklich belegen lässt, dass in Wirklichkeit fiskalische Zwecke im Vordergrund stehen, bleibt häufig ungehört, da die Äußerungen einzelner Abgeordneter in den Sitzungen nicht als universeller Wille der demokratisch-gesetzgebenden Mehrheit betrachtet werden.

Diese Zusammenhänge illustrieren deutlich, warum es sich der Gesetzgeber aus rechtsstaatlichen Gründen gefallen lassen muss, an seiner einmal getroffenen Wertung gemessen zu werden – er also zur Wahrheit verpflichtet ist. Im Hinblick auf § 9 Abs. 4 GlüStV liegt dabei ein offenkundiger Verstoß gegen die Normwahrheit vor, da eine objektiv feststellbare Divergenz zwischen dem vorgegebenen Zweck des eingebrachten Gesetzes und dem wirklich intendierten Gesetzeszweck besteht.

IV. Verfassungsrechtliche Folge eines Verstoßes gegen die Normenwahrheit

An die Feststellung des Verstoßes gegen die Normenwahrheit schließt sich die Frage an, welche verfassungsrechtliche Folge daran geknüpft ist. Hierbei ist bemerkenswert, dass das Bundesverfassungsgericht bereits aus einem alleinigen Verstoß gegen die Normenwahrheit die Nichtigkeit einer gesetzlichen Regelung gefolgert hat.⁷³ Für das Verfassungsgericht blieb dabei der alleinige Verfassungsmaßstab der Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip.⁷⁴

So begrüßenswert diese Annahme auch ist, so bedarf sie doch einer gewissen Spezifizierung. Aufgrund der Vielschichtigkeit der Gesetzgebungsgegenstände und der im Gesetzgebungsverfahren zu berücksichtigenden Interessen kann ein einfacher Verweis auf das Rechtsstaatsprinzip kein grundsätzlich neues verfassungsrechtliches Postulat begründen.⁷⁵ Die generelle Annahme eines solchen Prinzips würde derart hohe Anforderungen an die Gesetzgebung stellen, dass bei komplexen Gesetzgebungsvorhaben sich nahezu jedes Gesetz dem Verdikt der nicht ausreichenden Normenwahrheit ausgesetzt sehen würde. Dementsprechend bedarf es einer „*kombinatorischen Zusammenschau*“ mit anderen Verfassungsprinzipien, um eine solche neue dogmatische Figur entwickeln zu können,⁷⁶ die für sich allein die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes begründen kann.

⁷² VG Karlsruhe, Urteil vom 26. April 2012 – 3 K 330/10, juris-Rn. 40 f.; BVerwG, Urteil vom 24. November 2010 – 8 C 15.09, juris-Rn. 36 ff.; BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 2008 – 1 BvR 928/08, juris-Rn. 40.

⁷³ BVerfGE 108, 1 (32 f.).

⁷⁴ BVerfGE 107, 218 (256).

⁷⁵ Vgl. *Gregor Kirchhoff*, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 323.

⁷⁶ *Bumke*, Der Staat 49 (2010), 77 (97); *Friedrich E. Schnapp*, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 20 Rn. 34 f.

Der Grundsatz der Normenwahrheit als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips formuliert dabei zunächst eine „sekundäre Verfassungsdirektive“, die den Gesetzgeber im Sinne einer Lauterkeitsanforderung an seiner nach den Regeln der Auslegung erkennbar getroffenen gesetzlichen Entscheidung festhält.⁷⁷ Dieses Postulat kann verfassungsrechtlich an verschiedenen Stellen festgemacht werden. In Betracht kommen dabei insbesondere der Bestimmtheitsgrundsatz sowie ein Verstoß gegen die Geeignetheit bzw. Angemessenheit im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Eine Norm verstößt noch nicht gegen das Bestimmtheitsgebot, nur weil sie auslegungsbedürftig ist, vielmehr ist es Aufgabe der Rechtsprechung, Zweifelsfragen zu klären.⁷⁸ Die Grenze zwischen Verhältnismäßigkeits- und Bestimmtheitsgrundsatz sind fließend, schließlich muss bereits im Rahmen der Auslegung der legitime Zweck der Regelung eruiert werden, um zu überprüfen, ob der Normbefehl hinreichend für den Normadressaten zum Ausdruck kommt. Bereits an dieser Stelle wird man aber schon annehmen dürfen, dass in dem beklagenswerten Sonderfall eines „täuschenden Gesetzgebers“ der eigentliche Zweck nicht erkennbar wird, so dass die Norm nicht ausreichend bestimmt ist.

Spätestens im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes haben die Gerichte im Rahmen ihrer Prüfung jedoch den ausdrücklich statuierten gesetzgeberischen (für sich genommen legitimen) Zweck der gesetzlichen Regelung in Bezug zum tatsächlich verfolgten Zweck zu setzen. Wird dann eine nicht begründbare Divergenz festgestellt, so handelt es sich bei dem Gesetz nicht um eine taugliche Schranke zur Rechtfertigung der in Art. 12 Abs. 1 GG eingreifenden Berufswahl- oder -ausübungsregelung.

Ein in Wirklichkeit vom Gesetzgeber nicht verfolgter Zweck kann niemals *geeignet* im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sein. Insbesondere kann sich der Gesetzgeber insoweit nicht auf seinen Beurteilungs- und Prognosespielraum berufen.⁷⁹ Zwar bleibt es vornehmlich ihm überlassen, unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will,⁸⁰ jedoch ist der Spielraum zumindest dann überschritten, wenn vordergründig Zwecke angeführt werden, die gar nicht wirklich intendiert sind. Hintergrund des Prognosespielraums ist schließlich die Unsicherheit aus ex ante-Sicht über Wirkungszusammenhänge und Wahrscheinlichkeiten, so dass sich der Gesetzgeber lediglich vertretbare Vorstellungen über die zukünftige Entwicklung bilden muss.⁸¹ Unabhängig von dem Umstand, dass der Gesetzgeber bei Änderung der Sachlage zur Nachbesserung verpflichtet sein kann,⁸² muss er seine Abwägungsentscheidung auf eine hinreichend fundierte Tatsachenbasis stellen, um die notwendige Prognoseentscheidung

⁷⁷ Cornils, DVBl. 2011, 1053 (1055); Drüen, ZG 2009, 60 (71).

⁷⁸ BVerfGE 31, 255 (264).

⁷⁹ BVerfGE 66, 88 (115); BVerfGE 25, 1 (17, 19 f.); entgegen der Kammerentscheidung BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 2008 – 1 BvR 928/08, juris-Rn. 40.

⁸⁰ BVerfGE 115, 276 (308).

⁸¹ Bumke, Der Staat 49 (2010), 77 (98).

⁸² BVerfGE 116, 69 (91); 107, 286 (296).

zu treffen.⁸³ Begründet der Gesetzgeber ein Gesetz vordergründig mit der Notwendigkeit der Suchtprävention – wobei sie hier wissenschaftlich nicht nachgewiesen und im Gegensatz zur Alkohol-, Nikotin-, Kauf-, Ess- oder Magersucht die „Lottosucht“ weder in der öffentlichen Meinung präsent⁸⁴ noch ein darüber hinaus bestehender Zusammenhang der räumlichen Beschränkung der Erlaubnis und der Verhinderung des Suchtpotenzials erkennbar ist –, so ist das Gesetz im Hinblick auf seinen wahren Zweck auch ungeeignet und in der Folge auch nicht verhältnismäßig im engeren Sinne.

V. Schlussfolgerungen und Ausblick

Es zeigt sich, dass das Grundgesetz auch für den *worst case* eines täuschen- den Gesetzgebers mit der Normenwahrheit sowie dem Bestimmtheits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz die notwendigen Werkzeuge bereithält, um über die Normverwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts un- lauter zustande gekommenen Gesetze zu beseitigen.

Der Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichtes aus dem Jahre 2008 zum GlüStV⁸⁵ illustriert jedoch die besonderen Anforderungen, die sich für die zur Entscheidung berufenden Verfassungsrichter stellen. Diese dürfen nicht – wie in jenem Beschluss geschehen – gutgläubig-positivistisch den Wortlaut der Gesetzesbegründung abschreiben und ihre Argumentation unreflektiert an dieser ausrichten. Sie müssen vielmehr zur Vermeidung unerträglicher Rechtsschutzlücken diese kritisch hinterfragen und die objektiven Umstände aufgreifen, aus denen erkennbar wird, dass es sich um eine vorgeschobene Begründung handelt.

Die judizielle (Nicht-)Bewältigung des Glücksspielrechts seit der Sportwet- ten-Entscheidung wirft die schwierige Grundfrage nach einem systemischen Versagen der Verwaltungsgerichtsbarkeit auf, die – auf der Linie des frühe- ren BVerwG-Präsidenten *Hien*⁸⁶ – dem Bürger nurmehr erläutern will, wa- rum die Staatsgewalt in seine Rechte eingreift, dies aber auch im Falle der Rechtswidrigkeit gar nicht mehr effektiv verhindern will. *Clemens Weide- mann* hat dazu wichtige Forschungsansätze geliefert.⁸⁷ Das Scheitern der Länder bei der angemessenen Regulierung der Glücksspielmärkte bestätigt die Sorge, dass die größten Freiheitsgefährdungen heute von einem „präzep- toralen Staat“ – wie ihn Kloepfers Trierer Lehrstuhlnachfolger *Udo Di Fabio* treffend nennt⁸⁸ – ausgehen, der in paternalistischer Attitüde den Bürger vor den Gefährdungen des Glücksspiels, und man ergänze: des Ta- bakkonsums, ungesunden Essens, anthropogenen CO²-Ausstoß und vieler

⁸³ *Christoph Degenhart*, Grundlagen und Direktiven legislativer Abwägungsentscheidungen – Verfassungsfragen der 13. AtG-Novelle, DVBl. 2013, 207 (214).

⁸⁴ *Bumke*, Der Staat 49 (2010), 77 (84).

⁸⁵ BVerfG, Beschluss vom 14. Oktober 2008, 1 BvR 928/08 – juris.

⁸⁶ *Eckart Hien*, Verwaltungsrichter: Selbstverständnis – Qualität – Legitimation, DVBl. 2004, 909 ff.

⁸⁷ *Clemens Weidemann*, Entwicklungen des Verwaltungsrechtsschutzes aus anwaltlicher Sicht – vom nicht erfüllten Individualrechtsschutz-Versprechen des Grundgesetzes, in: Erbguth (Hrsg.), Verwaltungsrechtsschutz in der Krise: vom Rechtsschutz zum Schutz der Verwal- tung?, Band 47, S. 45 ff.

⁸⁸ *Udo Di Fabio*, Grundrechte im präzeptoralen Staat am Beispiel hoheitlicher Informations- tätigkeit, JZ 1993, 689 ff.

lebensstypischer Risiken mehr, bewahren will und dabei verkennt, dass die angemäÙte Schutzpflicht schon längst in eine akute Grundrechtsgefährdung umgeschlagen ist.

Der paternalistische Staat der Moderne ist ein Freiheitsgefährder. Aber wieviel mehr Argwohn muss ein Staat wecken, der eine Sucht zu bekämpfen vorgibt, von der er weiß, dass es sie nicht gibt oder sie im Verhältnis zu den wirklich großen, von ihm akzeptierten Suchtgefahren vernachlässigenswert ist, weil er letztlich nur das Geld der Bürger erlangen, doch den dafür einzig angemessenen, aber unpopulären – abgabenrechtlichen – Weg der Steuererhöhung nicht gehen will? Es geht um nicht weniger als die Legitimität und Rationalität von Gesetzgebung. Sie sind gefährdet, wenn der Staat seine Bürger belügt, und sei es durch Gesetz.