

Dezember 2023

18. Jahrg.

71732

Seite 469-564

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

6

- Robin Anstötz und Prof. Dr. Julian Krüper*
469 **Die Mühen der Ebene in der Kanalisierung des Glücksspiels**
Prof. Dr. Johannes Dietlein
- 470 **Das gewerbliche Automatenspiel im Kanalisierungskonzept des GlüStV**
Prof. Dr. Thomas Dünchheim
- 480 **Werbung für Glücksspiel**
Prof. Dr. Christian Heinze
- 487 **Die Verjährung von bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüchen aus Online-Glücksspielen**
Dr. Juliane Hilf und Klaus Umbach
- 493 **Update zum Sportwettenrecht**
Dr. Christian Rapani und Julia Kotanko
- 499 **Online-Wetten in Österreich – Höchstgerichtliche Judikatur und Lösungsansätze**
Dr. Nik Sarafi
- 503 **Die Dienstleistungsfreiheit im Kontext des Glücksspielstaatsvertrags 2021**
Carsten Bringmann, Ines Mittermeier und Dr. Daniel Busche
- 508 **Nach der Reform ist vor der Reform – Bedeutung, Inhalt und Reichweite der Evaluierungspflicht nach § 32 GlüStV 2021**
Bastian Philipp Kläner und Niklas Schiwy
- 514 **Das präventive Restrukturierungsverfahren nach StaRUG – Teil I**
Konrad Landgraf
- 519 **Lobbyismus-Eldorado Glücksspiel**
- 524 **Zur Verhängung einer Geldstrafe wegen Verstoßes gegen glücksspielrechtliches Verbot trotz vorherigen Verwaltungsstrafverfahrens**
EuGH, Urt. v. 14.9.2023 – C-55/22
- 529 **Bestandsspielhallen in Niedersachsen dürfen von Personen ab einem Alter von 18 Jahren betreten werden**
OVG Niedersachsen, Beschl. v. 20.6.2023 – 11 ME 113/23
- 537 **Anforderungen an die Annahme der Unzuverlässigkeit eines Spielhallenbetreibers**
VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 29.6.2023 – 6 S 2289/22
- 542 **Mindestabstandsgebot für Spielhallen trotz Spielersperrsystem OASIS verfassungskonform**
OVG Bremen, Beschl. v. 2.8.2023 – 1 LA 80/22
- 544 **Untersagung der Veranstaltung unerlaubter virtueller Automatenspiele rechtmäßig**
OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 9.8.2023 – 3 M 50/23
- 551 **Duldungsmöglichkeiten und Auswahlentscheidung bei Spielhallen unter Geltung des GlüStV 2021**
OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 16.8.2023 – 4 B 959/22
- 556 **Keine analoge Anwendung der Übergangsregelung des § 29 Abs. 7 GlüStV 2021**
OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 17.8.2023 – 3 L 47/23
- 558 **Keine Unterbrechung des Klageverfahrens auf Erlaubniserteilung bei Insolvenz des Wettveranstalters**
OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 22.8.2023 – OVG 1 L 21/23

Herausgeber

Prof. Dr. Johannes Dietlein

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M.

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

RA Prof. Dr. Markus Ruttig

Schriftleiter

RiVG Dr. Felix B. Hüsken

Aufsätze

Univ.-Prof. Dr. Johannes Dietlein, Düsseldorf*

Das gewerbliche Automatenenspiel im Kanalisierungskonzept des GlüStV

Zur Umdeutung des Kanalisierungsgedankens im SPD-Entwurf für ein neues Spielhallengesetz des Saarlandes

Ein in spielhallenbezogenen Ausführungsgesetzen zum Glücksspielstaatsvertrag formulierter Perspektivwechsel, demzufolge als kanalisierungsbedürftig nicht mehr der Spieltrieb der Bevölkerung, sondern das Angebot an gewerberechtlich genehmigten Geldspielgeräten angesehen werden soll, ist mit den bindenden Vorgaben des zwischen den Ländern abgeschlossenen Glücksspielstaatsvertrags nicht vereinbar. Mit der inhaltlichen Stoßrichtung gegen die gewerberechtliche Regelung der Geldspielgeräte widerspricht ein derart veränderter Regulierungsansatz zugleich dem verfassungsrechtlichen Gebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.

I. Ausgangslage

Unter dem Datum vom 15.5.2023 hat die SPD-Fraktion im Landtag des Saarlands einen Gesetzentwurf zur Änderung des Saarländischen Spielhallengesetzes eingebracht.¹ Der Entwurf weist insoweit eine wesentliche Änderung des tradierten Regulierungskonzepts für Glücksspiele in Deutschland auf, als er die bislang weithin anerkannte Zielsetzung, über ein staatlich genehmigtes Glücksspielangebot den nicht zu unterdrückenden Spieltrieb der Bevölkerung zu kanalisieren, nicht mehr zu den in § 1 Abs. 1 aufgeführten Zielen des Gesetzes zählen will. § 1 Abs. 1 Nr. 2 des Saarländischen Spielhallengesetzes soll nach der Vorstellung der Entwurfsverfasser künftig lauten, dass das Gesetz darauf abzielt, „das Angebot an gewerblichem Automatenenspiel in Spielhallen zu begrenzen, es in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken und der Entwicklung und Aus-

breitung von unerlaubten Angeboten in Schwarzmärkten entgegenzuwirken“.²

Der Entwurf vollzieht damit einen weitreichenden Perspektivwechsel, indem Bezugspunkt und Gegenstand der Kanalisierung künftig nicht mehr die Nachfrage der Bevölkerung nach Spielangeboten sein soll, sondern die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Anbieter, deren Angebot – hier also der Betrieb gewerberechtlich zugelassener Geldspielgeräte in Spielhallen – in der Gesetzesbegründung explizit als „demeritorisches, potentiell schädigendes Gut“ eingeordnet wird. Wörtlich heißt es hierzu in der Gesetzesbegründung:

„Der in der psychologischen Forschung oft scharf kritisierte Begriff ‚natürlicher Spieltrieb der Bevölkerung‘, der hier im Sinne eines ‚natürlichen Glücksspieltriebs‘ zu verstehen ist und den es als solchen aus wissenschaftlicher Sicht nicht gibt, wird gestrichen. Dasjenige Phänomen der Lebenswirklichkeit, welches in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken Teil der Aufgabe staatlicher Glücksspielregulierung sein sollte, ist das Angebot an Glücksspiel an Geldgewinnspielgeräten in Spielhallen, das als Reaktion auf eine bestehende Nachfrage auf dem freien Markt entsteht. Die Nachfrage nach Glücksspiel allge-

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor. Der Beitrag geht zurück auf eine gutachterliche Stellungnahme.

1 LT-Drs. 17/447, online abrufbar unter: https://www.landtag-saar.de/File.ashx?FileId=68314&FileName=Gs17_0447.pdf&directDL=false.

2 Vgl. zu parallelen Anpassungen auch § 3 Abs. 1 Nr. 2 SSpielhG-E, wo anstelle des Begriffs „Spieltrieb“ künftig nur noch von einem „Spielbetrieb“ die Rede sein soll.

mein und an Glücksspielangeboten an Automaten insbesondere sollte nicht als grundlegender menschlicher Wesenszug angesehen werden, auf den mit der Schaffung eines Angebots durch direkte oder indirekte staatliche Einflussnahme reagiert werden muss. Durch die Streichung der Bezugnahme auf den ‚natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung‘ als Ziel eines Spielhallengesetzes wird der Eindruck vermieden, dass eine vermeintliche Nachfrage nach Glücksspielangeboten an Automaten in Spielhallen mit der Befriedigung menschlicher Grundbedürfnisse wie Ernährung und Wohnen gleichgesetzt wird. Zu berücksichtigen ist, dass es sich bei Glücksspiel im Allgemeinen und somit auch beim gewerblichen Spiel an Geldgewinnspielgeräten um ein demeritorisches, potentiell schädigendes Gut handelt und dass ein zu starkes Angebot auch eine Ausweitung der Nachfrage im Sinne einer ‚Bedarfsweckung‘ mit ungünstigen Auswirkungen im Hinblick auf Suchtgefahren mit sich bringt.“³

Explizit geht die Begründung auch auf die Frage ein, ob und inwieweit diese Neuausrichtung mit den Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrags vereinbar ist. Hierzu heißt es in der – allerdings keineswegs widerspruchsfreien⁴ – Begründung lapidar:

„Die Abweichung von der Formulierung ‚natürlicher Spieltrieb der Bevölkerung‘ im Glücksspielstaatsvertrag 2021 ist unschädlich. Hierfür sprechen auch verschiedene bereits an den GlüStV 2021 angepasste Landesspielhallengesetze, die auf die Verwendung des Begriffs verzichten.“⁵

Vor dem Hintergrund dieses veränderten Regulierungsgedankens stellt sich die Frage, ob und inwieweit den Ländern – wie in dem Gesetzentwurf zur Änderung des Saarländischen Spielhallengesetzes vorgesehen – einseitige Änderungen der gesetzlichen Zielvorgaben für die Regulierung von Geldspielgeräten rechtlich überhaupt gestattet sind. Hierbei geht es neben kompetenziellen Aspekten insbesondere um die Frage der Vereinbarkeit veränderter Zielvorgaben mit den Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrages sowie mit bundesrechtlichen Vorgaben. Zu diesem Zweck soll im Folgenden zunächst der konkrete Regelungsgehalt des Glücksspielstaatsvertrages in Bezug auf das gewerbliche Automatenenspiel in Spielhallen und Gaststätten geklärt werden (II.). Hieran anschließend wird zu prüfen sein, welche rechtlichen Konsequenzen ein etwaiges inhaltliches Auseinanderlaufen der Zielvorgaben des GlüStV auf der einen Seite sowie der Landesspielhallengesetze auf der anderen Seite hätte (III.). Des Weiteren wird auf mögliche Regelungskonflikte zur Gewerbeordnung des Bundes einzugehen sein, die den Betrieb von Geldspielgeräten als Teil des Wirtschaftsrechts festlegt und gewerberechtlich ausgestaltet (IV.). Abschließend soll auf die systemischen Folgewirkungen einer Abkehr von dem tradierten Kanalisierungsgedanken (V.) eingegangen werden.

II. Kanalisierungskonzept des GlüStV (2021) und dessen Anwendbarkeit auf das gewerbliche Automatenenspiel in Spielhallen und in Gaststätten

Spätestens als Folge der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den vertikalen und horizontalen Kohärenz-

anforderungen des Unionsrechts an die Glücksspielregulierung in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union⁶ haben die Länder ihre schon in der Vergangenheit zumindest sektoral abgestimmte Glücksspielregulierung zu einem sektorübergreifenden Regulierungskonzept für alle in ihre Zuständigkeit fallenden Glücksspiele sowie Glücksspiel-Betriebsstätten, darunter auch Spielhallen und Gaststätten, in denen Geld- oder Warenspielgeräte mit Gewinnmöglichkeit bereitgehalten werden, fortentwickelt. Mit Ausnahme der Gewinnspiele im Rundfunk werden dabei sämtliche der in § 2 GlüStV genannten Angebote den Zielvorgaben des § 1 Satz 1 GlüStV unterworfen.

1. Normativer Gehalt der Zielvorgaben des § 1 Satz 1 GlüStV

Nach der Regelungstechnik des Glücksspielstaatsvertrags sind die Zielvorgaben des § 1 Satz 1 GlüStV unmittelbar verbindlicher Bestandteil der Regulierung. In diesem Sinne knüpfen zahlreiche Einzelnormen an die Beachtung der Zielvorgaben des § 1 Satz 1 GlüStV an. Beispielfhaft kann insoweit auf die Vorgaben für die Erteilung von Erlaubnissen nach § 4 Abs. 2 Satz 1 GlüStV verwiesen werden, die nur möglich ist, wenn das Veranstalten oder das Vermitteln des zu genehmigenden Glücksspiels den Zielen des § 1 Satz 1 nicht zuwiderläuft. Ebenso kommt den Zielvorgaben des § 1 Satz 1 GlüStV unmittelbare normative Verbindlichkeit für die Zulässigkeit der Werbung für öffentliches Glücksspiel gem. § 5 Abs. 2 Satz 1 GlüStV zu.⁷

Auch vormalig geäußerte Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der Zielvorgaben des § 1 Satz 1 GlüStV können mit Blick auf die langjährige gerichtliche Anwendungspraxis heute als ausgeräumt angesehen werden. Dies gilt namentlich für die von *Engels*⁸ angenommene Verletzung rechtsstaatlicher Bestimmtheitsanforderungen. So gründeten sich die von *Engels* vorgetragenen Bestimmtheitsbedenken auf die Annahme, dass den Behörden bei der Umsetzung der Zielvorgaben des § 1 Satz 1 GlüStV ein gerichtlich nicht vollumfänglich nachprüfbarer „administrativer Beurteilungsspielraum“ zukomme. Eben dieser Sicht ist im Schrifttum schon früh widersprochen worden,⁹ sie hat auch in der

3 Begründung Blatt 9 f.; vgl. hierzu aber auch den nach Redaktionsschluss erfolgten Änderungsauftrag, LT-Drs. 17/630-NEU (17/447) vom 10.10.2023.

4 So recurriert der Gesetzentwurf an späterer Stelle gleichwohl wieder auf das tradierte Kanalisierungskonzept des Spielhallengesetzes, wenn es in der Begründung zum neuen Auswahlverfahren nach § 2c des Entwurfes heißt: „Die Ziele des Spielhallengesetzes nach § 1 Absatz 1 sind – im Einklang mit dem Glücksspielstaatsvertrag 2021 – für den Bereich der Spielhallen die Suchtprävention und Suchtbekämpfung, die Kanalisierung des Glücksspielangebots in legale Angebote, die Gewährleistung des Spieler- und Jugendschutzes sowie der ordnungsgemäße Betrieb, der Schutz der Spieler vor betrügerischen Machenschaften und Kriminalitätsabwehr.“, Begründung Blatt 13.

5 Begründung Blatt 10.

6 Zum deutschen Recht grundlegend die Urteile des EuGH vom 8.9.2010, Rs. C-46/08 – Carmen Media – sowie Rs. C-316/07 – Markus Stoß u. a., ZfWG 2010, 332 ff. und 344 ff.; ausführlich zur Rechtsprechung *Peters*, in: Dietlein/Ruttig (Hrsg.), Glücksspielrecht, 3. Aufl. 2021, EinfEuR Rn. 26 ff. und 30 ff. m. w. N.

7 Zur normativen Verbindlichkeit des § 1 GlüStV *Dietlein*, in: Dietlein/Ruttig (Hrsg.), Glücksspielrecht, 3. Aufl. 2022, § 1 GlüStV Rn. 1; ebenso *Dünchheim*, in: Dünchheim (Hrsg.), Glücksspielrecht, 2022, § 1 Rn. 2; im Erg. auch *Bolay/Pfütze*, in: Streinz/Liesching/Hambach (Hrsg.), § 1 GlüStV Rn. 22 f., die der Norm jedenfalls eine „gewisse Rechtsverbindlichkeit“ zuerkennen.

8 WRP 2008, 470, 473.

9 Hiergegen bereits *Dietlein/Hüsken*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hrsg.), Glücksspielrecht, 1. Auflage 2008, § 1 Rn. 14.

Rechtsprechung keine Gefolgschaft gefunden.¹⁰ Als widerlegt kann ebenso der von *Horn*¹¹ vorgetragene Einwand angesehen werden, wonach das Kanalisierungsziel des § 1 Nr. 2 GlüStV (2008) in einem geltungsvermichtenden Widerspruch zu dem unter derselben Nr. 2 aufgeführten Ziel der Begrenzung des Glücksspiels stehe. Dieser Sichtweise war schon seinerzeit entgegenzuhalten, dass das Ziel der Begrenzung des legalen Spielangebotes nur in dem Maße den Zielen des Spielerschutzes dient und damit vom GlüStV angestrebt ist, als es nicht zu einer Verlagerung hin zu unerlaubten Spielangeboten führt. Nur folgerichtig ergab sich schon nach früherem Recht die Notwendigkeit einer sorgfältigen Austarierung der Begrenzungs- und Kanalisierungsziele dahin, dass die legalen Angebote hinsichtlich ihrer Reichweite und ihrer Attraktivität nicht solchermaßen geschwächt werden dürfen, dass sich eine Abwanderung der Spieler hin zu illegalen und damit in keiner Weise mehr kontrollierbaren Spielangeboten einstellt. Hierbei ist zumal zu berücksichtigen, dass auch alle übrigen Ziele des § 1 Satz 1 GlüStV (2021), namentlich also die Suchtprävention nach Nr. 1, der Jugend- und Spielerschutz nach Nr. 3, die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Spielbetriebs nach Nr. 4 sowie die Sicherung der Integrität des Sports nach Nr. 5, allein über eine effektive und nachhaltige Kanalisierung des Spielbetriebs in den legalen Angebotsstrukturen verwirklicht werden können. Der Verfasser hat dies an anderer Stelle bereits dahingehend formuliert: „Ohne Kanalisierung keine Prävention. Charakteristikum eines konsistenten Präventionskonzeptes kann daher nicht sein, das legale Spielangebot zu minimalisieren und damit einem Ausweichen der Bürger auf illegale Angebote mehr oder minder tatenlos zuzuschauen. Vielmehr geht es gerade umgekehrt darum, die Nachfrage über ein hinreichend attraktives (Gegen-)Angebot aus dem unreglementierten Markt in die kontrollierten und legalen Bahnen zu lenken.“¹²

Mit dem geltenden Glücksspielstaatsvertrag (2021) ist die vorgenannte Herausforderung des Austarierens von Begrenzungs- und Kanalisierungszielen nochmals deutlicher konturiert worden, indem § 1 Satz 1 GlüStV zwar an der Zielvorgabe in Nr. 1 festhält, „das Entstehen von Glücksspielsucht und Wettsucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen“, zugleich aber die im Glücksspielstaatsvertrag des Jahres 2008 getroffene Festlegung in dem dortigen § 1 Nr. 2, „das Glücksspiel zu begrenzen“, nachjustiert und nunmehr von einem zwar „begrenzten“, aber doch zugleich „eine geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel darstellende(n) Glücksspielangebot“ spricht, mit dem Ziel „den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und legale Bahnen zu lenken sowie der Entwicklung und Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten entgegenzuwirken“. In Übereinstimmung hiermit heißt es denn auch explizit in der amtlichen Begründung zum GlüStV (2021): „Wesentliches Ziel der Glücksspielregulierung bleibt die Unterbindung unerlaubter Glücksspielangebote, welche für Spieler mit zusätzlichen und nicht übersehbaren Gefahren verbunden sind.“¹³ Damit wird deutlich, dass einerseits eine expansive Glücksspielpolitik ausgeschlossen werden soll, der Staatsvertrag aber andererseits keine Finalität dahingehend aufweist, auch die bestehenden legalen Angebote in einer gleichsam fortdauernden Begrenzungsdynamik zu marginalisieren und damit die gesetzlich beabsichtigte Zurückdrängung der unerlaubten

Glücksspielangebote zu gefährden. Hintergrund dieser Nachjustierung sind die Erfahrungen eines über viele Jahre hinweg überbordenden Angebots an unerlaubten Glücksspielen, das mit dem Regulierungskonzept des Glücksspielstaatsvertrages (2021) nachhaltig zurückgedrängt werden soll.

2. Explizite Einbeziehung des gewerblichen Automatenspiels in Spielhallen durch § 2 Abs. 3 GlüStV und in Gaststätten durch § 2 Abs. 4 GlüStV

Entsprechend der expliziten Regelungsanordnung des § 2 GlüStV ist davon auszugehen, dass auch die legalen Spielhallen sowie auch die Gaststätten, soweit sie Geld- oder Warenspielgeräte mit Gewinnmöglichkeit bereithalten, in das dargestellte Regulierungskonzept des Glücksspielstaatsvertrages (2021) einbezogen sind.¹⁴ So ordnen § 2 Abs. 3 GlüStV für Spielhallen und § 2 Abs. 4 GlüStV für Gaststätten, soweit sie Geld- oder Warenspielgeräte mit Gewinnmöglichkeit bereithalten, die vollumfängliche Geltung des § 1 Satz 1 GlüStV – unter Einschluss der oben dargestellten Zielvorgabe in Nr. 2 – an. Diese Zielbindung wird z.B. insbesondere im Rahmen der Erlaubniserteilungen nach § 24 Abs. 2 Satz 1 GlüStV relevant. Aus dieser Zielbindung ergibt sich aber im Umkehrschluss, dass das erlaubte Angebot in Spielhallen und in Gaststätten, in denen Geld- oder Warenspielgeräte mit Gewinnmöglichkeit bereitgehalten werden, nach dem Neuansatz des Glücksspielstaatsvertrages zugleich einen integralen Baustein im Schutzkonzept des Glücksspielstaatsvertrages als legale und „geeignete Alternative“ (§ 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV) zu illegalen Angeboten bildet. Dieser Auslegung des Glücksspielstaatsvertrages (2021) steht auch nicht die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23. Januar 2019 entgegen,¹⁵ in der das Gericht eine Ausschreibungspflicht für Spielhallen mit der Begründung abgelehnt hat, „dass es sich bei dem Angebot des Glücksspiels in Spielhallen nicht um eine öffentliche Aufgabe i. S. d. § 1 Abs. 2 AG GlüStV NRW handelt, dies vielmehr originär privaten Betreibern überlassen bleibt“. Zwar scheint die Entscheidung einen Kanalisierungsauftrag der Spielhallen infrage zu stellen, wenn es dort heißt, dass die Aufnahme spielhallenbezogener Regelungen in den Glücksspielstaatsvertrag „wie die Gesetzesmaterialien unmissverständlich belegen, nicht die Sicherstellung eines ausreichenden Angebots an Automaten Glücksspiel in Spielhallen [bezweckte], sondern [...] aufgrund unionsrechtlicher Bedenken gegen das staatliche Wettmonopol [erfolgte], die sich aus der Entwicklung anderer, vom Glücksspielvertrag bislang nicht erfasster Berei-

10 Beispielhaft VG Düsseldorf, Urt. v. 24.1.2017 – 3 K 4182/15, BeckRS 2017, 106036 – betreffend die Prüfung von Werbeverboten; zur Prüfung des Gesetzesziels aus § 1 Satz 1 Nr. 4 GlüStV auch VG Hannover, Urt. v. 15.3.2017 – 10 A 12223/14, BeckRS 2017, 109676.

11 Vgl. *Horn*, JZ 2007, 736, 737.

12 *Dietlein*, in: *Dietlein/Ruttig* (Hrsg.), Glücksspielrecht, 3. Aufl. 2022, § 1 GlüStV Rn. 13; dem folgend auch *Hartmann/Barczak*, ZfWG 2020, Sonderbeilage 1, 8, 12.

13 Vgl. Bl. 75 der Erläuterungen zum GlüStV 2021, vgl. LT NRW Drucksache 17/11683, online abrufbar unter: <https://opal.landtag.nrw.de/portals/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD17-11683.pdf>.

14 Als Gaststätten werden hier allerdings nur Betriebe einbezogen, bei denen die Verabreichung von Speisen und Getränken den Betriebscharakter prägt („echte“ Gaststätten), hierzu und zu Grenzfällen *Odenhal*, in: *Gebhardt/Korte* (Hrsg.), Glücksspiel, 2. Aufl. 2018, § 23 Rn. 24 m. w. N., der für eine Abgrenzung nach Maßgabe des § 4 JuSchG votiert.

15 Beschl. v. 23.1.2019 – VII-Verg 22/18, NZBau 2019, 605, 607.

che wie dem gewerblichen Automatenenspiel ergeben haben. Mit Blick hierauf war es das Ziel des nationalen Gesetzgebers, mit dem Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland kohärente Regelungen im Bereich des Glücksspielrechts zu schaffen (s. LT-Drs. 16/17, 1)¹⁶.

Liest man die Ausführungen des Oberlandesgerichts genauer, behandelt die zitierte Passage aber allein die vom Gericht angenommenen Motive des Gesetzgebers für die Einbeziehung der Spielhallen in den Glücksspielstaatsvertrag. Dagegen ging es dem Gericht erkennbar nicht um eine Analyse und Bewertung des Regulierungskonzepts des Glücksspielstaatsvertrags. Folgerichtig zielten auch die vorgenannten Passagen allein darauf festzustellen, dass die Erlaubniserteilungen für Spielhallen deshalb keiner vergaberechtlichen Prüfung unterliegen, weil es – was in der Sache zutrifft – an einem eigenen wirtschaftlichen Interesse der sowie einem unmittelbaren wirtschaftlichen Nutzen für die öffentliche Hand fehlt.¹⁷ Umgekehrt stellt das OLG Düsseldorf denn auch keineswegs das Regulierungsziel des nationalen Gesetzgebers infrage, mit dem Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland kohärente Regelungen im Bereich des Glücksspielrechts zu schaffen. Dieser kohärente Regelungsansatz aber besteht gerade darin, nunmehr auch für das gewerbliche Automatenenspiel in Spielhallen und Gaststätten ein der Zielvorgabe des § 1 Satz 1 Nr. 2 GlStV entsprechendes System des begrenzten Angebots zu etablieren, dem dabei aber gleichzeitig die Funktion zukommt, eine geeignete legale Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel zu bilden, um den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung aufzufangen und in legale und kontrollierte Bahnen zu lenken.

Durchaus Zustimmung verdient die Entscheidung des OLG Düsseldorf im Übrigen hinsichtlich der dort vollzogenen systematischen Trennung zwischen der in § 1 Abs. 2 AG GlStV NRW geregelten öffentlichen Aufgabe des Landes NRW, zur Erreichung der in Absatz 1 genannten Ziele die Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots, die Sicherstellung der wissenschaftlichen Forschung zur Vermeidung und Abwehr von Suchtgefahren durch Glücksspiele, die Suchtprävention und -hilfe sowie die Glücksspielaufsicht als öffentliche Aufgaben wahrzunehmen, und der privatwirtschaftlichen Betätigung der genehmigten Spielhallenbetreiber.¹⁸ Denn letztere werden als private Unternehmer in Ausübung ihrer berufsgrundrechtlichen Freiheitsgewährleistung aus Art. 12 GG tätig und nicht etwa als „Verwaltungshelfer“ oder gar als „Indienstgenommene“ der öffentlichen Hand. Dieser freiheitliche Grundansatz stellt zugleich den entscheidenden verfassungsrechtlichen Hintergrund dafür dar, dass den Automatenunternehmern – anders etwa als den Sportwettenanbietern in dem vormaligen, im Ergebnis gescheiterten Konzessionsmodell – keine Konzessionsabgabe zur Abschöpfung spezifischer Sonder Vorteile auferlegt werden kann.¹⁹ Mag man hieraus auch folgern können, dass die Automatenunternehmer nicht unmittelbar selbst in Wahrnehmung eines staatlichen „Kanalisierungsauftrags“ tätig sind, so steht außer Frage, dass dem gewerblichen Automatenenspiel in Spielhallen und Gaststätten nach der gesetzlichen Konstruktion der §§ 1 und 2 GlStV (2021) gleichwohl eine „Kanalisierungsfunktion“ zuerkannt wird. Diese besteht darin, eine limitierte, dabei

aber unter Schutzaspekten geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel zu schaffen.²⁰

Dass der staatsvertraglich intendierten „Kanalisierungsfunktion“ auch des gewerblichen Automatenspiels in Spielhallen und Gaststätten eine durchaus realitätsnahe Gefahrenanalyse zugrunde liegt, dokumentieren nicht nur aktuelle Presseberichte,²¹ sondern wird auch durch mehrere aktuelle wissenschaftliche Studien belegt. Zu nennen ist hier namentlich die im Februar 2023 erschienene Feldstudie „Erweiterte Einblicke in den illegalen Glücksspielmarkt 2022“²², die gerade auch mit Blick auf illegale Angebote durch sog. Fun Games, also Geräte, denen die von der SpielV geforderte Gerätekonfiguration zum Spielerschutz fehlt, eine flächige Etablierung des illegalen Glücksspiels im öffentlichen Raum und ein drohendes Leerlaufen des gesetzlichen Kanalisierungsziels nachweist. Dies impliziert lt. Feldstudie die generelle Forderung an den Gesetzgeber seriöse Glücksspielanbieter vor illegalen zu schützen und bei der Glücksspielregulierung Ausweichbewegungen zu illegalen Spielorten mitzudenken sowie zu verhindern.²³ Einen rasanten Anstieg des illegalen Glücksspielangebots im Bereich des gewerblichen Automatenspiels diagnostiziert auch die von Düsseldorf Competition Economics unlängst vorgestellte Studie zur Entwicklung der Kanalisierungsquote des gewerblichen Automatenspiels in Deutschland, welche die Angebotsstruktur von Geldspielgeräten von 1997 bis 2022 in Deutschland untersucht und für den Anteil des Schwarzmarktes im Jahr 2022 eine Bandbreite von 30–46 % ermittelt hat.²⁴ Nach den Prognosen der vorgenannten Studie könnte der Schwarzmarktanteil bei unveränderter Regulierung bis zum Jahr 2026 gar auf 62 % ansteigen, weshalb die Verfasser der Studie dafür plädieren, den festzustellenden Verdrängungseffekten durch ein hinreichendes Angebot an legalen Glücksspielen mit angemessener Attraktivität entgegenzusteuern.

3. Der „natürliche Spieltrieb in der Bevölkerung“ im wissenschaftlichen Diskurs

a) Fachwissenschaftliche Debatten

Ungeachtet der vorgenannten klaren Zielvorgaben des Glücksspielstaatsvertrages (2021) ist zu konstatieren, dass die in § 1 Satz 1 Nr. 2 GlStV normativ verankerte Annahme eines „natürlichen Spieltriebs der Bevölkerung“, der durch ein legales Angebot kanalisiert werden soll, in Fach-

16 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.1.2019 – VII-Verg 22/18, Rn. 39; ähnlich nachfolgend auch VGH München, Beschl. v. 5.10.2021 – 23 ZB 21.2038, BeckRS 2021, 30942, Rn. 18.

17 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.1.2019 – VII-Verg 22/18, Rn. 32, unter Bezugnahme auf EuGH, ECLI:EU:C:2010:168 = NZBau 2010, 321, 324 f., Rn. 54, 58.

18 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.1.2019 – VII-Verg 22/18, Rn. 35 ff.

19 Vgl. zur Funktion und zu den Grenzen einer Konzessionsabgabe („Verleihungsgebühr“) zum Zwecke der Abschöpfung von „Sondervorteilen“ durch konzessionierte Unternehmen eingehend Dietlein, ZfWG 2010, 159, 165 ff.

20 Vgl. in diesem Kontext auch BGH, NJW-RR 1999, 1266, 1268, der selbst in Ansetzung der von den Ländern errichteten Landeslotteriegesellschaften davon ausgeht, dass diese „nicht Träger dieser Gefahrenabwehr sind, sondern allenfalls das Mittel darstellen, das die Bundesländer u. a. zu diesem Zweck einsetzen“.

21 Vgl. zuletzt etwa DER SPIEGEL Nr. 35 / 26.8.2023, S. 72, wo von einem „explosionsartigen Wachstum illegaler Zockerbuden“ die Rede ist.

22 Abrufbar unter: https://www.vdai.de/wp-content/uploads/2023/04/Erweiterte_Einblicke_in_den_illegalen_Gluecksspielmarkt_2022.pdf.

23 Vgl. Blatt 33 der Studie.

24 Vgl. Fritz/Haucap/Thorwarth, Behörden Spiegel, Juni 2023, S. 18.

kreisen durchaus kontrovers diskutiert wird. So findet das Konzept vom menschlichen Spieltrieb – einschließlich des Triebes zum Glücksspiel – als einer anthropologischen Konstante seinen Ursprung in der von dem niederländischen Kulturwissenschaftler *Johan Huizinga*s verfassten Grundlagenarbeit „*Homo Ludens – a study of the play-element in culture*“²⁵ und wird in dieser Grundtendenz z. T. auch heute noch in der Psychologie vertreten.²⁶ Allerdings ist in der neueren medizinisch-psychologischen Diskussion ein Perspektivwechsel dahingehend festzustellen, dass der Fokus primär auf die Frage nach den Ursachen für problematisches Spielverhalten gerichtet ist, während die Frage der Rückführbarkeit von Glücksspielaktivitäten auf bestimmte menschliche Triebmuster eher in den Hintergrund getreten ist und zurückhaltend beurteilt wird. Beispielfähig kann insoweit auf die amtliche Stellungnahme des Fachbeirats nach § 10 Abs. 1 Satz 2 GlüStV, einer unabhängigen Einrichtung zur Beratung der Länder, zum seinerzeitigen Entwurf des geltenden GlüStV 2021 verwiesen werden.²⁷ Hier findet sich eine vorsichtige Distanzierung von dem tradierten Konzept des menschlichen Spieltriebs, wenn die Autoren²⁸ ausführen:

„Bei der Betrachtung menschlichen Verhaltens kann vom Vorhandensein eines natürlichen Spieltriebs ausgegangen werden. Vor allem trifft dies auf das freie Spiel (Play) zu, das eine wichtige Entwicklungsaufgabe in der Kindheit übernimmt. In Bezug auf Glücksspiele (Gambling) trifft diese Aussage allerdings nicht zu. Auch im Erwachsenenalter nehmen Glücksspiele nur eine untergeordnete Rolle ein. Der natürliche Spieltrieb lässt sich problemlos ohne eine Teilnahme an Glücksspielen befriedigen. Laut dem letzten BZgA-Survey [...] nahmen in den letzten zwölf Monaten lediglich rund 37 Prozent der erwachsenen Bevölkerung an Glücksspielen teil. Somit spielen für über 60 Prozent der Bevölkerung Glücksspiele kaum eine zentrale Rolle. Unzweifelhaft gibt es eine Nachfrage nach Glücksspielen, diese sollte aber auch als das beschrieben werden, was sie ist. Daher sollte der Begriff ‚natürlicher Spieltrieb‘ ersetzt werden mit Nachfrage nach Glücksspielen.“

Wohl nicht nur zufällig bleiben die Ausführungen des Fachbeirates bei näherer Betrachtung allerdings vorsichtig und behutsam. So lässt die Aussage, wonach „Glücksspiele(n) nur eine untergeordnete Rolle“ für den menschlichen Spieltrieb zukomme und dieser Spieltrieb „problemlos ohne Teilnahme an Glücksspielen“ befriedigt werden könne, durchaus Raum für die Annahme, dass der im Glücksspielstaatsvertrag erwähnte „natürliche Spieltrieb der Bevölkerung“ nicht a priori bestritten werden soll und sich dieser Spieltrieb auch über die Teilnahme an Glücksspielen entfalten kann.

b) Rechtliche Auswirkungen fachwissenschaftlicher Debatten

Vor dem Hintergrund der fachwissenschaftlichen Debatten stellt sich die Frage, ob und inwieweit die wissenschaftlichen Debatten um den tradierten Denkansatz vom „natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung“ Auswirkungen auf die Verbindlichkeit der Zielvorgaben des § 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV (2021) haben könnten. Rechtlich ist hierbei zwischen einer verfahrensrechtlichen und einer materiell-rechtlichen Diskussionsebene zu differenzieren.

aa) Verfahrensrechtliche Aspekte

Verfahrensrechtlich ist zu bemerken, dass das Grundgesetz in Art. 100 Abs. 1 GG eine Bindung von Verwaltung und Fachgerichten an parlamentsgesetzliche Regelungen fest schreibt, die – vom Sonderfall vorkonstitutioneller Gesetze abgesehen – allein durch einen Entscheidungsspruch der zuständigen Verfassungsgerichte des Bundes oder der Länder gelöst werden kann. Allein den Verfassungsgerichten kommt danach ein sog. „Verwerfungsmonopol“ in Bezug auf parlamentsgesetzliche Regelungen zu, zu denen auch der von den Länderparlamenten transformierte Glücksspielstaatsvertrag zu zählen ist. Behörden und Fachgerichte sind dementsprechend nicht befugt, parlamentsgesetzliche Regelungen wie den Glücksspielstaatsvertrag aus eigener Kompetenz unbeachtet zu belassen. Dies selbst dann nicht, wenn sie die betreffenden Regelungen für inhaltlich überholt erachten sollten. Den Fachgerichten bleibt immerhin die Möglichkeit einer sog. „Richtervorlage“ nach Art. 100 Abs. 1 GG zu dem zuständigen Bundes- oder Landesverfassungsgericht, wenn und soweit sie von der Verfassungswidrigkeit einer entscheidungserheblichen parlamentsgesetzlichen Norm ausgehen.

bb) Materiell-rechtliche Aspekte

Anders stellt sich die Problematik in materiell-rechtlicher Hinsicht dar. Hier ist der Frage nachzugehen, ob und in welcher Weise der parlamentarische Gesetzgeber auf fachwissenschaftliche Kontroversen reagieren muss bzw. welche Grenzen ihm die Verfassungsgerichtsbarkeit im Umgang mit fachwissenschaftlichen Kontroversen setzt. Diese Frage wird im Verfassungsrecht unter dem Schlagwort der „legislativen Einschätzungs- und Prognosespielräume“ diskutiert²⁹ und hat hier eine weitgehende Klärung erfahren. Hiernach kommt dem Gesetzgeber in der Bewertung nicht abschließend geklärter Sachverhalte und Sachfragen ein nicht unerheblicher, verfassungsgerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Einschätzungs- und Prognosespielraum zu. Dieser betrifft insbesondere die gesetzliche Gefahreinschätzung sowie die notwendigen Instrumente zur Abwehr von Gefahren. Hinsichtlich der in diesem Kontext getroffenen legislativen Entscheidungen ist es den Gerichten nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts insbesondere verwehrt, ihre eigenen, ebenso wenig strikt beweisbaren Überzeugungen über den voraussichtlichen Verlauf der künftigen Entwicklung an die Stelle der gesetzgeberischen Gefahreinschätzungen zu setzen.³⁰ Die Grenzen dieser

25 Erstveröffentlichung aus dem Jahre 1944, englischsprachige Ausgabe von 1949 abrufbar unter: https://archive.org/details/homo_ludens_johan_huizinga_routledge_1949_/page/n1/mode/2up.

26 S. etwa M. Parzuchowski, Artikel „Glücksspiel und seine Psychologie“: „Glücksspiel ist eigentlich ein zutiefst menschlicher Vorgang, der aus dem Drang entsteht, belohnt werden zu wollen“ – abrufbar unter: <https://www.wissen.de/gluecksspiel-und-seine-psychologie>.

27 Landtag NRW, Stellungnahme 17/3586, S. 1 f. – online abrufbar unter <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-3586.pdf>.

28 Konrad Landgraf, Rüdiger Wulf, Ilona Führtenschneider, Andrea Hardeing, Tobias Hayer, Florian Rehbein und Hans-Jürgen Rumpf.

29 Hierzu im Kontext berufsgrundrechtlich relevanter Regelungen eingehend Dietlein, in: Stern i. V. m. *Sachs/Dietlein*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 2006, S. 1897 f. m. w. N.

30 St. Rspr. seit BVerfGE 25, 1, 17: „Dem Gesetzgeber kann es aber nicht verwehrt sein, auch künftigen, nicht auszuschließenden Gefahrenlagen rechtzeitig vorzubeugen [...] Dem dürfen die Gerichte nicht ihre eigenen – ebenso wenig strikt beweisbaren – Überzeugungen über den voraussichtlichen Verlauf einer wirtschaftlichen Entwicklung entgegenzusetzen“; aus neuerer Zeit etwa BVerfGE 126, 112, 141 u. a.

legislativen Spielräume werden erst dort überschritten, wo die gesetzgeberischen Erwägungen „offensichtlich fehlsam“ sind und in einem Maße wirtschaftlichen Gesetzen oder praktischer Erfahrung widersprechen, dass sie vernünftiger Weise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können.³¹ Immerhin hat das Bundesverfassungsgericht diese recht großzügigen Maßstäbe im Zuge der Corona-Pandemie und der hierauf bezogenen Schutzmaßnahmen des Gesetzgebers dahingehend nachjustiert, dass der Gesetzgeber zu verzeichnende Erkenntnisfortschritte nicht unbeachtet belassen dürfe.³² Insofern gilt für den Gesetzgeber – auch im glücksspielrechtlichen Kontext – eine fort-dauernde Beobachtungspflicht, die ggf. auch ein legislatives „Nachfassen“ notwendig machen kann. Dass diese Schwelle hin zu einer Pflicht zum „legislativen Nachfassen“ in Ansehung der beschriebenen jüngeren fachwissenschaftlichen Debatten um den Begriff des „Spieltriebs der Bevölkerung“ erreicht oder gar überschritten wäre, ist freilich nicht erkennbar. Vielmehr handelt es sich hierbei um einen wissenschaftstypischen Klärungsprozess, der, wie die eher ambivalenten Ausführungen des Fachbeirates zeigen, noch nicht das Stadium erreicht hat, um hieraus legislative Nachbesorgungspflichten abzuleiten.

Ohnehin stellt sich aus der juristischen Perspektive die Frage, ob die über § 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV formulierte Zielvorgabe einer Kanalisierung des „natürlichen Spieltriebs der Bevölkerung“ tatsächlich auf ein bestimmtes naturwissenschaftliches „Triebmodell“ im Sinne einer „anthropologischen Konstante“ Bezug nehmen will und insoweit von der fachwissenschaftlichen Diskussion tangiert wird. So lässt sich der Terminus vom „natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung“ – ohne dass dies verfassungsrechtlich zwingend geboten wäre – ohne Weiteres auch (untechnisch) dahin verstehen, dass es um eine gefahrenvorsorgende Regulierung der in allen Zeiten vorgefundenen, empirisch belegten und nach den praktischen Erfahrungen nicht durch schlichte Verbote zu unterbindenden Nachfrage der Bevölkerung nach Glücksspielangeboten geht, der zu Zwecken der Erholung und Freizeitgestaltung ein sicherer und legaler Rahmen eröffnet werden soll. Auf dieser Linie liegen etwa die Ausführungen von Drews und Wuketich,³³ wenn sie die Diktion des § 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV mit der Formulierung eines zu kanalisierenden natürlichen Spieltriebs auf die breite und in allen Zeiten feststellbare Nachfrage nach Glücksspielangeboten zurückführen, die bei einem fehlenden legalen Angebot oft auch auf illegale Angebote auszuweichen bereit ist.³⁴ Im Rahmen dieses Begriffsverständnisses ließe sich speziell der staatsvertragliche Terminus des „natürlichen“ Spieltriebs, der zu kanalisieren ist, zudem systemkonform als einschränkende Zielvorgabe dahin verstehen, dass problematisches oder gar pathologisches Spielverhalten nicht mehr zu jener „natürlichen“ Nachfrage gerechnet wird, der ein solcher legaler Rahmen geschaffen, sondern dass dem Entstehen eines solchen problematischen Spielverhaltens – wie in § 1 Satz 1 Nr. 1 GlüStV ausgeführt – mit den Schutzinstrumenten des Staatsvertrages entgegengewirkt werden soll. Gerade auch mit Blick auf diese plausible alternative Auslegungsmöglichkeit der genannten Zielvorgabe des § 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV ergeben sich damit keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass das nachfrageorientierte Kanalisierungskonzept des Glücksspielstaatsvertrages als naturwissenschaftlich obsolet und damit womöglich verfassungsrechtlich defizitär beanstandet werden könnte. Nicht überr-

schend hat die Rechtsprechung das Präventions- und Kanalisierungskonzept des Glücksspielstaatsvertrags denn auch bis in die neueste Zeit hinein explizit und uneingeschränkt akzeptiert.³⁵ Dies gilt namentlich auch für die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung, wenn etwa das Bundesverfassungsgericht speziell den Betrieb von Spielbanken als „an sich unerwünschte Tätigkeit“ bezeichnet, die „der Staat gleichwohl erlaubt, um das illegale Glücksspiel einzudämmen, dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen und dadurch die natürliche Spielleidenschaft vor strafbarer Ausbeutung zu schützen.“³⁶

III. Bindungsgehalt des GlüStV in Bezug auf den Erlass bzw. die Änderung ergänzender Landesgesetze bzw. Landesausführungsgesetze

Vor dem Hintergrund des staatsvertraglich zwischen den Ländern abgestimmten Regulierungs- und Kanalisierungskonzeptes ist im Folgenden der Frage nachzugehen, ob und inwieweit einzelne Länder, wie z. B. das Saarland, im Rahmen ihrer Spielhallengesetzgebung einen abweichenden Regulierungsansatz begründen können, demzufolge als kanalisierungsbedürftig nicht etwa die Nachfrage nach gewerblichen Automatenspielen in Spielhallen und in Gaststätten erachtet wird, sondern das Angebot selbst. Hierzu ist zunächst der Bindungswirkung des Staatsvertrages sowie den im Staatsvertrag formulierten Ermächtigungen zu einer Ausführungsgesetzgebung der Länder nachzugehen.

1. Normative Einordnung des GlüStV

Das von den Ländern zur länderübergreifend abgestimmten Regulierung des Glücksspiels gewählte Konstrukt eines Staatsvertrages tangiert unterschiedliche Normebenen. Zunächst stellt die Möglichkeit, (intraföderale) Staatsverträge zwischen Bundesländern abzuschließen, eine durch das Bundesrecht gewährleistete Option dar. Denn das Verhältnis der Länder zueinander wird nach dem föderalen Prinzip des Grundgesetzes ausschließlich durch die Bundesverfassung bestimmt.³⁷ Zugleich bewirkt die normative Transforma-

31 Statt aller BVerfGE 25, 1, 17; 117, 163, 183; 126, 112, 141; 145, 20, 74 f. Rn. 140; eingehend hierzu *Dietlein/Peters*, in: Gebhardt/Korte (Hrsg.), *Glücksspiel*, 2. Aufl. 2018, § 13 Rn. 24 m. w. N.

32 BVerfG, NJW 2022, 139, 152 – betr. Bundesnotbremse I, unter Verweis auf BVerfGE 152, 68 (119).

33 Vgl. *Drews/Wuketich*, in: Wöhr/Wuketich (Hrsg.), *Multidisziplinäre Betrachtung des vielschichtigen Phänomens Glücksspiel*, Festschrift für T. Becker, 2019, S. 25, 26 f.

34 Vgl. *Drews/Wuketich*, in: Wöhr/Wuketich (Hrsg.), *Multidisziplinäre Betrachtung des vielschichtigen Phänomens Glücksspiel*, Festschrift für T. Becker, 2019, S. 25, 26 f.: „Die Legalität des Angebots spielt für die Nutzung nur eine untergeordnete Rolle [...] Deshalb spricht der Glücksspielstaatsvertrag [...] von einem natürlichen Spieltrieb der Gesellschaft, der durch ein ausreichendes Angebot in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken sei, um Schaden von den Nutzern abzuwenden (§ 1 GlüStV)“.

35 Aus neuerer Zeit hierzu statt aller BGH, NJW 2020, 2282; OVG Münster, Beschl. v. 7.8.2020 – 4 B 170/20, BeckRS 2020, 19709; OLG Düsseldorf, NZBau 2019, 605.

36 BVerfG, NVwZ 2001, 790, 792 unter Verweis auf BVerfGE 28, 119 (148); kritisch zu der grundrechtlichen Vorab-Einstufung des Angebots von Glücksspielen als „an sich unerwünschte Tätigkeit“ *Dietlein*, BayVBl. 2002, 161 ff.; ebenso *Dietlein*, in: Stern i. V. m. Sachs/Dietlein, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IV/1, 2006, S. 1894 f.; vgl. zur verfassungsgerichtlichen Anerkennung des Kanalisierungsziels auch BVerfGE 145, 20, 76 f. Rn. 143 ff.

37 S. StGH BW, Urt. v. 17.6.2014 – 1 VB 15/13, BeckRS 2014, 52775, Rn. 128 unter Bezugnahme auf BVerfGE 34, 216, 231 f.

mation des von den Ministerpräsidenten der Länder gezeichneten Vertrages durch die jeweiligen Landesparlamente dessen zusätzliche Geltung als förmliches Landesgesetz, das damit auch gegenüber außenstehenden Dritten Verbindlichkeit beansprucht.³⁸ Ein unabgestimmtes Abweichen einzelner Länder von Regelungsvorgaben des GlüStV könnte folgerichtig auf mehreren Ebenen Rückwirkungen haben; nämlich zum einen auf der landesstaatlichen Ebene, wenn hier gegenläufige Regelungen auf derselben Normebene festzustellen sein sollten; zum anderen auf der bundesstaatlichen Ebene, wenn hier abweichende gesetzliche Regelungen eines der Vertragspartner mit der bundesrechtlichen Pflicht zur Beachtung intraföderaler Verträge in Konflikt geraten. Überdies stellt sich die Frage, ob und inwieweit die im Entwurf für ein novelliertes Spielhallengesetz des Saarlands vorgesehenen Änderungen der Gesetzeszwecke einen Zielkonflikt mit den bundesrechtlichen Regelungen der Gewerbeordnung auslösen könnten und wie dieser zu lösen wäre (sub IV.). Den genannten Aspekten ist im Folgenden näher nachzugehen.

2. Normative Folgen eines Regelungskonflikts mit dem GlüStV

Die im Entwurf für das Spielhallengesetz des Saarlandes vorzufindende Neudefinition der Gesetzesziele steht erkennbar in einem inhaltlichen Widerspruch zu den Zielvorgaben des GlüStV (2021). Denn während der GlüStV – wie dargestellt – das gewerbliche Automatenenspiel in Spielhallen und in Gaststätten aktiv in sein Präventionskonzept einbezieht und ihnen dabei explizit eine Kanalisierungsfunktion als legale Alternative zur Inanspruchnahme illegaler terrestrischer Spielangebote durch die Bevölkerung zuweist, verneint der saarländische Entwurf pauschal einen kanalisierungsbedürftigen „Spieltrieb“ der Bevölkerung³⁹ und verortet einen Kanalisierungsbedarf unter Umkehrung des Begründungsansatzes des GlüStV allein auf der Anbieterseite. Mit diesem veränderten Ansatz, der in dem Entwurf übrigens inhaltlich keineswegs durchgehalten wird,⁴⁰ entfielen dann aber die im GlüStV (2021) normierte Notwendigkeit, auch in Spielhallen und in Gaststätten, soweit sie Geld- oder Warenspielgeräte bereithalten, ein aus Spielersicht hinreichend attraktives Angebot als „geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel“ (§ 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV 2021) vorzuhalten. Überdies wird den legalen Automatenunternehmern mit der Umkehrung des Kanalisierungsgrundsatzes – ohne dass es hierfür einen objektiven Ansatzpunkt oder gar eine empirische Grundlage gäbe – inzident eine Tendenz zur Abwanderung in die Illegalität unterstellt. Offen spricht die Entwurfsbegründung insoweit auch selbst von einer „Abweichung von der Formulierung natürlicher Spieltrieb der Bevölkerung im Glücksspielstaatsvertrag 2021“, die aber nach Auffassung der Entwurfsverfasser „unschädlich“ sein soll, weil „auch verschiedene bereits an den GlüStV 2021 angepasste Landesspielhallengesetze [...] auf die Verwendung des Begriffs verzichten“.⁴¹

Dieser eigenmächtige Dispens von den dargestellten verbindlichen Zielvorgaben des GlüStV 2021 kann rechtlich nicht überzeugen. Insbesondere bietet der Verweis darauf, dass ein entsprechendes Vorgehen auch in anderen Ländern zu verzeichnen sei, erkennbar keinerlei materielle Rechtfertigungsbasis für eine einseitige Abkehr von freiwillig eingegangenen staatsvertraglichen Bindungen. Ebenso we-

nig lässt sich die eigenmächtige Änderung der Zielvorgaben über § 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV mit den Vorgaben des GlüStV in Einklang bringen. Denn diese – als Ausnahmenvorschrift eng auszulegende⁴² – Bestimmung lässt eine Ausführungsgesetzgebung, die die staatsvertraglichen Vorgaben modifiziert, allein für die in Absatz 4 der Norm genannten Spezialfragen zu, nicht aber für die zentralen Zielvorgaben des GlüStV. Entsprechendes gilt im Übrigen im Hinblick auf die in § 28 GlüStV normierte (allgemeine) Befugnis der Länder zu einer Ausführungsgesetzgebung sowie im Hinblick auf § 24 Abs. 3 GlüStV. Denn auch diese müssen den konzeptionellen Grundrahmen des GlüStV unangetastet lassen.

Somit stellt sich die Frage, wie normensystematisch mit konfligierenden Regelungen auf derselben Normebene – hier der Ebene einfacher Landesgesetze – umzugehen ist. Keine Lösung bietet hierbei das sog. Spezialitäts-Prinzip („lex specialis derogat legi generali“). Denn sowohl der GlüStV (2021) als auch die Ausführungsgesetze der Länder beanspruchen eine spezialgesetzliche und explizite Geltung für Spielhallen und Gaststätten, soweit sie Geld- oder Warenspielgeräte bereithalten. Immerhin aber könnte die sog. lex posterior-Regel („lex posterior derogat legi priori“) zur Anwendung kommen. Besagte Regelung unterstellt, „dass der Gesetzgeber – sofern er die Konkurrenzfrage nicht ausdrücklich geregelt hat und dabei die frühere Bestimmung durch die spätere Bestimmung außer Kraft gesetzt hat (sog. formelle Derogation) [...] – mit dem Erlass einer neuen Norm die entgegenstehende ältere Regel hat aufheben wollen (sog. „materielle Derogation“)“.⁴³ Freilich dürfte der Anwendung dieser Regel hier entgegenstehen, dass die Entwurfsverfasser explizit keine Außerkraftsetzung des GlüStV (2021) beabsichtigen, sondern beide Regelungen für „unschädlich“ nebeneinander anwendbar erachten. Soweit aber ein Landesgesetzgeber gegenläufige Regelungen schafft, die nebeneinander anwendbar sein sollen, handelte es sich hierbei normensystematisch um den seltenen Fall einer sog. „Perplexität“ von gesetzlichen Regelungen, die in der Konsequenz auf die Unwirksamkeit bzw. Rechtsstaats- und Verfassungswidrigkeit der betreffenden Normen hinausliefe.⁴⁴

Dies würde im vorliegenden Fall allerdings voraussetzen, dass die Landesgesetzgeber rechtlich dazu befugt und imstande wären, einen durch den Glücksspielstaatsvertrag geregelten Sachverhalt in einem anderen Landesgesetz inhaltlich anders zu regeln. Genau dies dürfte indes nicht der Fall sein. Zwar kommt den Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages mit der Transformation durch das Landesparlament für sich genommen die Qualität von Landesrecht

38 Eingehend Dietlein, in: Dietlein/Ruttig (Hrsg.), Glücksspielrecht, 3. Aufl. 2022, EinfDE Rn. 3 m. w. N.

39 Vgl. die Entwurfsbegründung auf S. 9, wo von einer „vermeintliche[n] Nachfrage nach Glücksspielangeboten an Automatenenspiel in Spielhallen“ die Rede ist.

40 So wird einerseits der Kanalisierungsbedarf auf die Anbieterseite verlagert, andererseits aber soll dieses Angebot „als Reaktion auf eine bestehende Nachfrage auf dem freien Markt“ entstehen, obgleich diese Nachfrage nur „vermeintlich“ bestehen soll, also – laut Duden – nur „fälschlich vermutet“ wird.

41 Landtag des Saarlandes, Drucksache 17/447, Bl. 10.

42 Statt aller Früh, JuS 2021, 905, 909.

43 S. Butzer/Epping, Arbeitstechnik im Öffentlichen Recht, 3. Aufl. 2006, S. 19.

44 Touffigh, JA 2015, 81, Fn. 4: „Perplexe Normen sind nichtig, wenn sich die Perplexität nicht anderweitig auflösen lässt (etwa durch den Grundsatz lex specialis derogat legi generali)“.

zu. Indes sind die durch den Staatsvertrag begründeten Bindungen zwischen den Ländern als Vertragsparteien unstrittig bundesrechtlicher Natur und können damit durch Landesrecht nicht einseitig überwunden werden.⁴⁵ In eben diesem Sinn hat namentlich der Staatsgerichtshof des Landes Baden-Württemberg darauf hingewiesen, dass die Wahrung des vertragsrechtlichen Grundsatzes „pacta sunt servanda“ in Ansehung eines zwischen den Ländern abgeschlossenen Staatsvertrages wie der GlüStV (2021) als „ungeschriebener Bestandteil des Bundesverfassungsrechts und des Staatsvertragsrechts“ anzusehen ist.⁴⁶ Mit derselben Intention hatte bereits zuvor das Bundesverwaltungsgericht aus dem „Grundsatz der Bundestreue“ auf die Unzulässigkeit einer schlichten Nichtanwendung staatsvertraglicher Regelungen gefolgert und hierbei festgestellt, dass die Vertragspartner eines intraföderalen Staatsvertrages aus besagtem Verfassungsgrundsatz heraus gehalten seien, eine einvernehmliche Lösung des Konflikts zu suchen und notfalls eine gerichtliche Klärung im bundesrechtlichen Bereich durch ein Gericht herbeizuführen, das wie das Bundesverwaltungsgericht in einem Verfahren nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 VwGO eine für alle Vertragspartner verbindliche Entscheidung treffen könne.⁴⁷

Im Ergebnis spricht insofern alles dafür, dass einseitige landesrechtliche Abänderungen der Vorgaben eines verbindlich abgeschlossenen und fortgeltenden Länderstaatsvertrages als Verletzung ungeschriebener Regeln des Grundgesetzes einzuordnen und damit über Art. 31 GG als unwirksam anzusehen wären. Derartigen grundgesetzwidrigen Normsetzungen muss danach im Ergebnis eine normative Verbindlichkeit abgesprochen werden. Soweit daher ein Land das Regelungskonzept des GlüStV (2021) nicht mehr weitertragen wollte, bliebe ihm allein die Möglichkeit der Kündigung des Vertrags. In diesem Falle drohte ein inhaltliches Auseinanderlaufen und damit eine Rechtszersplitterung der bislang koordinierten Glücksspielgesetzgebung in Deutschland. Eine solche Rechtszersplitterung aber könnte ihrerseits den bislang durch den „Erforderlichkeitsgrundsatz“ des Art. 72 Abs. 2 GG blockierten Zugriff des Bundesgesetzgebers auf die bislang landesrechtlich geregelten Materien des Glücksspiels⁴⁸ „entsperren“ und damit für die Länder zu einem vollständigen Verlust ihrer tradierten Regelungszuständigkeiten für das Glücksspiel führen.⁴⁹ In der Gesamtschau ist damit davon auszugehen, dass eine dem verbindlichen Präventions- und Kanalisierungskonzept des GlüStV (2021) zuwiderlaufende Neujustierung der Ziele der Regulierung des gewerblichen Automatenspiels durch ein novelliertes Landesausführungsgesetz wegen Verstoßes gegen Bundesrecht unwirksam wäre.

IV. „Fernwirkungen“ der Gewerbeordnung und Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung

Die im Entwurf für ein neues Spielhallengesetz des Saarlandes geplante Umkehrung des staatsvertraglichen Kanalisierungsziels weg von der Idee der Kanalisierung des menschlichen Spieltriebs hin zu einem Modell der Kanalisierung des Angebots gewerberechtlich zugelassener Geldspielgeräte, deren Bauart von der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt genehmigt wurde (§ 33 c GewO), begegnet aber auch unter dem Aspekt der „Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“ durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken. Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Ent-

wurfsbegründung zum Entwurf eines neuen Spielhallengesetzes des Saarlandes mit der geplanten Zurückdrängung des gewerblichen Spielangebotes nicht etwa auf spezielle Anforderungen für Spielhallen reagieren will, sondern seine verschärften Zielvorgaben als Mittel zur gezielten Zurückdrängung des gewerblichen Automatenspiels in seiner Gesamtheit konzipiert, welches von den Entwurfsverfassern – wie oben dargestellt⁵⁰ – pauschal als „demeritorisches, potentiell schädigendes Gut“ eingeordnet wird. Denn explizit betreffen diese Aussagen das gewerbliche Automatenspiel als solches und damit einen Regelungsgegenstand, der seine Ausgestaltung und rechtliche Anerkennung in der Gewerbeordnung des Bundes erfahren hat. Mit dieser „überschießenden“ Regelungsintention in Bezug auf das gewerbliche Automatenspiel in seiner Gesamtheit aber zielt der Entwurf für ein novelliertes Spielhallengesetz im Saarland de facto auf eine Abänderung bzw. sogar eine partielle Korrektur des auf dem Prinzip der Gewerbefreiheit basierenden Regelungsansatzes für das Aufstellen von gewerblichen Geldspielgeräten, was in dieser Form als verfassungsrechtlich unzulässig angesehen werden muss.

Zwar ist nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7.3.2017 geklärt, dass die seit der Föderalismusreform I des Jahres 2006 den Ländern zugeordnete „Spielhallenkompetenz“ aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG umfassend zu verstehen ist und die Gesetzgebungskompetenz nicht allein „örtlich radizierte“ Aspekte der Spielhallen betrifft.⁵¹ Mitumfasst vom Recht der Spielhallen sind danach insbesondere die Festlegung des Spielhallenbegriffs, die Zulassung von Spielhallenbetrieben und die Modalitäten der Betriebsausübung. Umgekehrt aber darf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7.3.2017 nicht solchermaßen (miss-)verstanden werden, als wenn der Begriff „Spielhalle“ eine umfassende Regelungsbefugnis der Länder auch für das gewerbliche Automatenspiel begründen oder diesen Regelungsbereich im Wege einer „Annexbefugnis“ kraft Sachzusammenhangs mitumfassen würde.⁵² Denn Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stellt eindeutig klar, dass die Gesetzgebungskompetenz der Länder allein die Spiel-„Hallen“, also stationäre Geschäftseinrichtungen erfasst, nicht aber die Regelung des gewerblichen Automatenspiels als solches.⁵³ Die kompetenziellen Grenzen der standortbezogenen Spiel-

45 Vgl. BVerfGE 34, 216 (232), wonach das Verhältnis der Länder zueinander im föderalen Aufbau der Bundesrepublik Deutschland lückenlos durch das Bundesverfassungsrecht geregelt wird.

46 StGH Baden-Württemberg, Urt. v. 17.6.2014 – 1 VB 15/13, BeckRS 2014, 52775, Rn. 128; aus dem Schrifttum auch Dietlein, in: Dietlein/Ruttig (Hrsg.), Glücksspielrecht, 3. Aufl. 2021, EinfDE Rn. 3.

47 BVerwG, NJW 1977, 66, 68.

48 Freilich mit Ausnahme des durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG abschließend den Ländern zugeordneten Recht der Spielhallen.

49 Zu dieser Problematik eingehend Dietlein/Peters, in: Gebhardt/Korte (Hrsg.), Glücksspiel, 2. Aufl. 2018, § 13 Rn. 5 f.; zur Frage nach den bundesrechtlichen Regelungsbefugnissen eingehend auch Dittmann, in: Wöhr/Wuketich (Hrsg.), Multidisziplinäre Betrachtung des vielschichtigen Phänomens Glücksspiel, Festschrift für T. Becker, 2019, S. 221 ff.

50 Begründung Blatt 9 f.

51 Grdl. BVerfGE 145, 20, 58 ff. Rn. 97 ff.; ebenso zuvor bereits BVerwGE 157, 126, 130 ff. Rn. 19 ff.; zu den mit höchstrichterlichen Entscheidungen überholten Gegenmeinungen vgl. die umfassenden Nachweise bei Dietlein/Peters, in: Gebhardt/Korte (Hrsg.), Glücksspiel, 2. Aufl. 2018, § 13 Rn. 9 Rn. 27.

52 So aber etwa J. Brückner/T. Scheel, in: Sander/Sasdi (Hrsg.), Sport im Spannungsfeld von Recht, Wirtschaft und europäischen Grundfreiheiten, 2009, S. 77, 96 f.

53 Dietlein, in: Detterbeck/Rozek/v. Coelln (Hrsg.), Recht als Medium der Staatlichkeit, Festschrift Bethge, 2009, S. 3, 12; Dietlein, in: Dietlein/

hallengesetzgebung sind damit insbesondere dort übersritten, wo allgemeine, nicht standortbezogene Fragen des gewerblichen Automatenspiels – insbesondere also technische Anforderungen an Geldspielgeräte oder Fragen der Geräteaufstellung unabhängig von einem konkreten Aufstellungsort – Gegenstand der Regulierung sind.⁵⁴ Gerade wegen der inhaltlichen Verflechtung der beiden – durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG seit 2006 in wenig sinnvoller Weise voneinander getrennten – Kompetenzbereiche des standortbezogenen Spielhallenrechts auf der einen und der gerätebezogenen Regelungen des gewerblichen Automatenspiels auf der anderen Seite⁵⁵ bedarf es einer von wechselseitiger Rücksichtnahme geprägten, insbesondere den Vorrang des Bundesrechts wahrenen Inanspruchnahme der neuen Landeskompetenz für das Recht der Spielhallen. Insbesondere ergibt sich aus der Eigenständigkeit des gewerblichen Spielrechts als Gegenstand der Vorranggesetzgebung des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft), dass die Länder bei der Ausübung ihrer Spielhallenkompetenz die bundesrechtliche Systementscheidung für eine am Grundsatz der Gewerbefreiheit ausgerichtete Zulassung des Angebots von Geld- und Warenspielgeräten mit Gewinnmöglichkeit zu respektieren haben und diese Systementscheidung nicht – auch nicht „über den Umweg“ ihrer Ausführungsgesetze zum Glücksspielstaatsvertrag – durch ein eigenes, abweichendes Leitbild für die Regulierung von gewerblichen Geldspielgeräten ersetzen dürfen.⁵⁶

Verfassungsrechtlicher Ansatzpunkt für die hier dargestellte Bindung des Landesgesetzgebers an Systementscheidungen des für das Gewerberecht vorrangig zuständigen Bundesgesetzgebers ist namentlich der vom Bundesverfassungsgericht aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Grundsatz der „Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“. Ihn hat das Bundesverfassungsgericht zunächst im Kontext des kommunalen Abgabenrechts näher entwickelt und hieraus abgeleitet, dass der Steuergesetzgeber die von den zuständigen Sachgesetzgebern getroffenen Systementscheidungen nicht durch dem sachgesetzlichen Regelungskonzept zuwiderlaufende verhaltensbestimmende Besteuerungsregelungen verfälschen dürfe.⁵⁷

Zwar ist die Diskussion darüber, ob und inwieweit dieser Ansatz auch auf konkurrierende Sachgesetzgebungskompetenzen übertragen werden kann, im Schrifttum bislang noch nicht vollständig abgeschlossen.⁵⁸ Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass namentlich das Bundesverfassungsgericht selbst eine entsprechende Weichenstellung bereits 1998 vorgenommen und das Verfassungsgebot der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung mit überzeugender Argumentation auch auf den hier vorliegenden Fall des Zusammenstößens von Sachkompetenzen des Bundes und der Länder erstreckt.⁵⁹ Eben ein solcher auf landesrechtlichen Partikularzuständigkeiten basierender Widerspruch zu bundesrechtlichen Grundentscheidungen dürfte aber vorliegen, wenn und soweit ein Landesgesetzgeber seine Gesetzgebungszuständigkeit für die Spielhallen *expressis verbis* dazu nutzen will, um im Ergebnis die bundesgesetzlich normierte und am Prinzip der Gewerbefreiheit ausgerichtete Möglichkeit des Betriebs von Geldspielgeräten als eine dem Unterhaltungsbereich zuzuordnende Tätigkeit weitestmöglich zurückzudrängen.⁶⁰ Insoweit spricht alles dafür, dass die geplante Änderung des Regulierungsansatzes nach dem Entwurf für das Saarländische Spielhallengesetz nicht

nur gegen bindende Vorgaben des GlüStV (2021) verstößt, sondern zugleich dem aus Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitenden rechtsstaatlichen Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung zuwiderläuft.

V. Systemische Konsequenzen einer Abkehr vom Kanalisierungsgedanken

Ungeachtet der mangelnden Befugnis eines einzelnen Landes, in Abweichung von den Vorgaben des geltenden Glücksspielstaatsvertrages das Konzept eines kanalisierungsbedürftigen Spieltriebs der Bevölkerung im Kontext ergänzender Ausführungsregelungen – hier im Zuge seiner Spielhallengesetzgebung – zu verwerfen, soll an dieser Stelle zumindest cursorisch auch auf die systemischen Konsequenzen einer etwaigen Abkehr von dem bislang allgemein konsentierten Regulierungsansatz des Glücksspielstaatsvertrages hingewiesen werden. Denn sollte der Landesgesetzgeber seine bisherige und verfassungsrechtlich nach wie vor tragfähige Einschätzung aufgeben, dass es einen kanalisierungsbedürftigen Spieltrieb in der Bevölkerung gibt, hätte dies gravierende Auswirkungen auf den bisherigen präventiven Ansatz der Glücksspielregulierung insgesamt. Denn bei der Kanalisierung als erklärtem Regelungsziel des Glücksspielstaatsvertrages handelt es sich, worauf im Schrifttum zutreffend hingewiesen worden ist, „nicht lediglich um einen unter mehreren Regulierungszwecken, die der Normgeber beliebig austauschen könnte. Vielmehr geht es bei der Kanalisierung um eine Systementscheidung und tragende Säule des deutschen Glücksspielrechts“.⁶¹

Unmittelbare Konsequenzen hätte eine etwaige Abkehr vom tradierten Kanalisierungskonzept zumal für den Bereich der staatlichen bzw. staatlich konzessionierten Spielbanken mit ihren besonders risikoträchtigen Spielangeboten. Denn nach der maßgeblichen Rechtsprechung des Bun-

Ruttig (Hrsg.), Glücksspielrecht, 3. Aufl. 2021, EinfDE Rn. 81; ausführlich hierzu auch *Dietlein/Peters*, in: Gebhardt/Korte (Hrsg.), Glücksspiel, 2. Aufl. 2018, § 13 Rn. 8 ff.

54 BVerfGE 145, 20, 64 Rn. 111; ebenso zuvor bereits BVerfGE 157, 126, 136 Rn. 27.

55 Kritisch zu dieser kompetenziellen Trennung *Dietlein*, in: *Dietlein/Ruttig* (Hrsg.), Glücksspielrecht, 3. Aufl. 2021, EinfDE Rn. 18 a. E.

56 So im Erg. auch *Degenhart*, Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, 2014, S. 83

57 BVerfGE 98, 106 (119); aus neuerer Zeit auch BVerfGE 116, 164 (186); BVerfG [K], NVwZ 2001, 1264, 1264 f.

58 Von einem „nicht gesicherten Diskussionsstand“ spricht etwa *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, 2010, S. 56, der eine solche Übertragbarkeit nur „mit Vorsicht“ annimmt.

59 BVerfGE 98, 265, 301: „Überdies verpflichtet die bundesstaatliche Kompetenzordnung alle recht-setzenden Organe, ihre Regelungen so aufeinander abzustimmen, dass die Rechtsordnung nicht aufgrund unterschiedlicher Anordnungen widersprüchlich wird. Die Verpflichtungen einerseits zur Beachtung der bundes-staatlichen Kompetenzgrenzen und andererseits zur Ausübung der Kompetenz in wechselseitiger bundesstaatlicher Rücksichtnahme werden durch das Rechtsstaatsprinzip in ihrem Inhalt verdeutlicht und in ihrem Anwendungsbereich erweitert. Beide setzen damit zugleich der Kompetenzausübung Schranken. Konzeptionelle Entscheidungen eines zuständigen Bundesgesetzgebers dürfen auch durch auf Spezialzuständigkeiten gründende Einzelentscheidungen eines Landesgesetzgebers nicht verfälscht werden. Insbesondere dürfen den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen.“

60 Zu der bundesgesetzlichen Zuordnung des gewerblichen Automatenspiels unter das Prinzip der Gewerbefreiheit nach § 1 GewO statt aller *Wormit*, NVwZ 2017, 281, 283.

61 Vgl. *Hartmann/Barczak*, ZfWG 2020 – Sonderbeilage 1/2020, 8, 10.

desverfassungsgerichts ist „der Betrieb einer Spielbank [...] eine an sich unerwünschte Tätigkeit, die der Staat gleichwohl erlaubt, um das illegale Glücksspiel einzudämmen, dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen und dadurch die natürliche Spielleidenschaft vor strafbarer Ausbeutung zu schützen“.⁶² Anders gewendet heißt dies, dass der Betrieb einer Spielbank, da es um „eine an sich unerwünschte Tätigkeit“ geht, aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts im Normalfall keine durch den Staat oder ggf. auch konzessionierte Dritte auszuübende Tätigkeit sein sollte, dies aber ausnahmsweise deshalb akzeptiert wird, weil es jene mit dem Begriff des „Spieltriebs“ oder der „Spielleidenschaft“ bezeichnete und nicht unterdrückbare Nachfrage in der Bevölkerung gibt, der zur Vermeidung einer Abwanderung in die Illegalität und der dort drohenden Gefahren ein legaler und staatlich kontrollierter Raum zur Verfügung gestellt werden soll. Gerade in Bezug auf Spielbanken, die – wie im Saarland – als öffentliche Unternehmen im (überwiegenden) Anteilseigentum des Landes liegen müssen,⁶³ bildet das Schutzziel, die natürliche Spielleidenschaft bzw. den nicht zu unterdrückenden Spieltrieb vor einem Abdriften in die Illegalität zu schützen, damit den maßgeblichen und unabdingbaren Gemeinwohlgrund für das staatliche Tätigwerden. Sollte der zuständige Landesgesetzgeber nunmehr aber seine bisherige Einschätzung aufgeben, dass es einen derartigen nicht zu unterdrückenden und daher kanalisierungsbedürftigen Spieltrieb gibt, läge es in der Konsequenz der oben genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, den staatlichen Spielbankenbetrieb künftig nur mehr als „unerwünschte Tätigkeit“ einzustufen, für deren staatliche Fortführung es dann aber erkennbar keinen tragfähigen Grund mehr gäbe. Selbst für das staatsvertraglich normierte Veranstaltungsmonopol für große Lotterien (§ 10 Abs. 2 und 6 GlüStV) wären vergleichbare Konsequenzen als Folge einer Abkehr von dem tradierten Kanalisierungsgedanken nicht auszuschließen. Denn ausweislich der Erläuterungen zum GlüStV (2021) werden auch „mit dem staatlichen Veranstaltungsmonopol [...] im Bereich der Lotterien die Ziele des § 1“⁶⁴ und mit ihnen eben auch das Ziel der Kanalisierung des Spieltriebs der Bevölkerung verfolgt. Wollte der Gesetzgeber diesem zentralen Ziel, dem zugleich „eine unterstützende Funktion für die anderen Ziele dieses Staatsvertrags“ zukommt,⁶⁵ keine Bedeutung mehr zumessen, stellte sich unvermeidlich die Frage nach der fortdauernden verfassungsrechtlichen Legitimation des staatlichen Veranstaltungsmonopols. Dass eine Abkehr von dieser Zielvorgabe die verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Veranstaltungsmonopols in Frage stellen könnte, entspricht im Übrigen auch der Einschätzung des Staatsvertragsgesetzgebers selbst. So findet der im Veranstaltungsmonopol des § 10 Abs. 2 und 6 GlüStV (2021) liegende Grundrechtseingriff nach der expliziten Gesetzesbegründung seine verfassungsrechtliche Rechtfertigung gerade in dem kumulativen Zusammenwirken sämtlicher Zielvorgaben des § 1 GlüStV (2021).⁶⁶ Distanzierte sich daher ein Land nachträglich von einem der zentralen Ziele des GlüStV, stünde unvermeidlich die Rechtfertigung des staatlichen Veranstaltungsmonopols für große Lotterien insgesamt in Frage.

Noch weitergehend hätte die Abkehr von dem tradierten Kanalisierungskonzept sogar das Potential, die Rechtfertigungsbasis für das bisherige staatsvertragliche Schutzkon-

zept insgesamt in Frage zu stellen. Denn die logische rechtspolitische Konsequenz der Leugnung eines „natürlichen Spieltriebs“, der eben deshalb anfällig für die Inanspruchnahme auch illegaler Angebote ist und insoweit vor krimineller Ausbeutung geschützt werden muss, wäre nicht etwa die Intensivierung des Schutzes, sondern dessen Beendigung. Denn jedenfalls jenseits des Schutzes vulnerabler Gruppen kommt dem freiheitlichen Grundrechtsstaat grundsätzlich nicht das Recht zu, ein freiverantwortliches Eingehen von Risiken zu unterbinden und erwachsene Menschen zu einem aus seiner Sicht „vernünftigen Verhalten“ zu verpflichten. Vielmehr sind die Garantie der Freiheit sowie die Achtung der Mündigkeit des Bürgers zwei Seiten derselben Medaille.⁶⁷ Diese grundsätzliche Weichenstellung des freiheitlichen Grundrechtsstaats macht zugleich deutlich, dass weder der Begriff der „demeritorischen Güter“ noch die Einordnung bestimmter Glücksspiele als „unerwünschte Betätigung“ aus sich heraus in der Lage sein können, staatliche Interventionen in das freiverantwortliche Handeln der Bürger zu legitimieren.⁶⁸ Ungeachtet dieser gravierenden rechtlichen Widersprüche steht der z. B. im Entwurf für ein novelliertes Spielhallengesetz des Saarlandes verfochtene prohibitive Grundansatz in einem unüberbrückbaren Kontrast zu den realen Verhältnissen in den Städten und Gemeinden. Denn diese Realität ist – wie oben dargestellt – geprägt durch ein massives Anwachsen illegaler Spielorte und illegaler Spielangebote. Vor diesem Hintergrund dürfte die politische Zielsetzung des Entwurfs für ein neues Spielhallengesetz des Saarlandes, einen effektiven Spielerschutz durch eine möglichst weitreichende Reduktion des legalen Angebots an gewerblichen Geldspielgeräten in Spielhallen und in Gaststätten zu realisieren, von vornherein zum Scheitern verurteilt sein.⁶⁹

62 BVerfG, NVwZ 2001, 790, 793 unter Verweis auf BVerfGE 28, 119, 148.

63 Vgl. § 5 Abs. 3 des Saarländischen Spielbankgesetzes (SpielbG-Saar) vom 20. Juni 2012: „Träger eines Spielbankunternehmens dürfen nur privatrechtliche Gesellschaften sein, deren Anteile zu mehr als der Hälfte unmittelbar oder mittelbar dem Saarland gehören“.

64 Erläuterungen zum GlüStV (2021), LT NRW, Drucksache 17/11683, Blatt 92, online abrufbar unter: <https://opal.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD17-11683.pdf>.

65 Erläuterungen zum GlüStV (2021), LT NRW, Drucksache 17/11683, Blatt 76.

66 Wörtlich heißt es hierzu in den Erläuterungen: „Diese Ziele rechtfertigen gerade auch in ihrer Gesamtheit die damit (scil.: mit dem staatlichen Veranstaltungsmonopol, d. V.) einhergehenden Einschränkungen von Grundrechten.“, vgl. Erläuterungen zum GlüStV (2021), LT NRW, Drucksache 17/11683, Blatt 92.

67 Deziert hierzu *Hufen*, DRiZ 2014, 302, 304: „Das Recht des Einzelnen, sich unvernünftig zu verhalten, ist das vielleicht fragilste Grundrecht überhaupt, denn es provoziert: Der Staat hat kein Recht, erwachsene Menschen vor der Ausübung gefährlicher Sportarten, Sportwetten oder – aktuelles Beispiel – Spielautomaten in Kneipen und Tankstellen in Schutz zu nehmen“.

68 Ablehnend gegenüber einer Vorabestufung des Anbietens von Glücksspielen als „unerwünschte Betätigung“ und für die Unabdingbarkeit einer tragfähigen Rechtfertigung von Eingriffen bereits *Dietlein*, BayVBl. 2002, 161 ff.

69 Hierzu zuletzt Bartz, DER SPIEGEL, Nr. 35 vom 26.8.2023, S. 72 f.: „was Experten das ‚Prohibitionsdilemma‘ nennen: Um Spielsüchtige besser zu schützen, hat der Gesetzgeber in den vergangenen Jahren die Regulierung herkömmlicher Glücksspielangebote deutlich verschärft. Und damit die Schattenwirtschaft angekurbelt“; vgl. auch die dortige Einschätzung eines führenden Ermittlers im Kampf gegen das illegale Glücksspiel, demzufolge über illegale Geräte, die pro Gerät rund 5.000 – 10.000 EUR Monatsumsatz einspielen, bundesweit also 250 bis 500 Mio. EUR.

VI. Fazit

Das Angebot gewerberechtlich zugelassener Geld- oder Warenspielgeräte mit Gewinnmöglichkeit in Spielhallen und Gaststätten wird über § 2 Abs. 3 und 4 GlüStV explizit in das staatsvertragliche Kanalisierungskonzept des § 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV einbezogen. Folgerichtig müssen die zugelassenen Aufstellorte von gewerblichen Geldspielgeräten hinsichtlich ihres Spielangebotes so ausgestattet sein, dass sie eine „geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel“ darstellen. Hieraus ergibt sich, dass der Staatsvertrag keine Finalität dahingehend aufweist, die legalen Angebote in einer fortdauernden Begrenzungsdynamik zu marginalisieren und damit die gesetzlich intendierte Zurückdrängung unerlaubter Glücksspielangebote zu gefährden. Die durch den Glücksspielstaatsvertrag begründeten Bindungen gewähren den Ländern eigenständige Gestaltungsmöglichkeiten in den Ausführungsgesetzen nur in dem staatsvertraglich vorgesehenen Rahmen. Weder § 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV noch § 28 GlüStV oder § 24 Abs. 3 GlüStV eröffnen den Staatsvertragsparteien einen Regelungsspielraum dahingehend, das gewerbliche Automatenenspiel in Spielhallen und Gaststätten einer von den Zielvorgaben des § 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV abweichenden landesrechtlichen Regulierung zu unterziehen. Eine gleichwohl vollzogene einseitige Abkehr von diesen Zielvorgaben verstieße nicht nur gegen die bundesrechtlich unterlegten Bindungen des Länderstaatsvertrags, sondern in ihrer Finalität gegen das gewerbliche Automatenenspiel auch gegen das Gebot der Widerspruchs-

freiheit der Rechtsordnung. Speziell die Verwerfung des Konzepts eines kanalisierungsbedürftigen Spieltriebs der Bevölkerung ließe in der Folge zudem die Rechtfertigung für die verbliebenen staatlichen Vorbehaltsrechte namentlich im Bereich der Spielbanken entfallen und hätte nicht zuletzt das Potential, auch die verfassungsrechtliche Legitimation des staatlichen Veranstaltungsmonopols für Lotterien ins Wanken zu bringen. Angesichts des dramatischen Anstiegs illegaler Spielangebote und Spielorte dürfte der rechtspolitische Ansatz des Entwurfs für ein neues Spielhalengesetz des Saarlandes, verbesserten Spielerschutz durch die weitreichende Reduktion der legalen Angebote an gewerblichen Geldspielgeräten in Spielhallen und Gaststätten zu generieren, auch in praktischer Hinsicht von vornherein zum Scheitern verurteilt sein.

Summary

A change in the regulatory objectives of the arcade laws of the German federal states to the effect that the gambling offer, rather than the gambling instinct of the population, is considered to be in need of channeling is not compatible with the provisions of the German Interstate Treaty on Gambling (GlüStV 2021). Due to its substantive thrust against the regulation of amusement machines with prize under trading and commercial regulations, such a modified regulatory approach also contradicts the constitutional principle that the legal order has to be free of inner contradictions.