

Zusatzvermerk

zu dem

Rechtsgutachten zur Verfassungsmäßigkeit der Einführung eines
Konzessionssystems für das Veranstanen von Sportwetten in Deutschland

von Professor em. Dr. Dres. h.c. *Hans-Jürgen Papier*

unter Mitarbeit von *Christoph Krönke*

A. Anlass und Gegenstand des Vermerks

Auf der Jahreskonferenz der Ministerpräsidenten der Länder vom 26. bis 28. Oktober 2011 in Lübeck ist der Entwurf zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (GlüStV-ÄE), zu dessen Verfassungsmäßigkeit ich im Oktober 2011 auf der Grundlage der Entwurfsfassung vom 14. April 2011 rechtsgutachtlich Stellung genommen hatte, in folgenden wesentlichen Teilen geändert worden:

- Die **Höhe der Abgabe**, die der Inhaber einer Konzession für das Veranstalten und den Vertrieb von Sportwetten zu entrichten hat, ist auf nunmehr **fünf Prozent der Spieleinsätze** (vormals: 16 2/3 Prozent der Spieleinsätze) beschränkt worden.
- Die **Höchstzahl der Sportwettenkonzessionen** soll nunmehr **20 Stück** (vormals: sieben Stück) betragen.

Im Folgenden möchte ich, auf der Grundlage der Informationen, die mir die Auftraggeberinnen des Rechtsgutachtens mit Schreiben vom 8. Dezember 2011 zur Verfügung gestellt haben, Stellung zu der Frage beziehen, inwieweit sich diese beiden Änderungen des GlüStV-ÄE auf die vorgenommene verfassungsrechtliche Beurteilung des Entwurfs auswirken.

B. Die Reduzierung der Abgabenbelastung

I. Verfassungsrechtliche Beurteilung der ursprünglich vorgesehenen Abgabenhöhe

Die ursprünglich vorgesehene Abgabe in Höhe von 16 2/3 Prozent der Spieleinsätze habe ich für verfassungswidrig erachtet, da sie **weder geeignet noch erforderlich zur Erreichung der in § 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV-ÄE genannten Ziele** war.

Da die Konzessionsabgabe auf der Grundlage der Spieleinsätze erhoben werden sollte, die für das Jahr 2009 geschätzten durchschnittlichen Rohertragsmargen auf dem unregulierten Markt aber nur bei rund 7,6 Prozent im Bereich der Online-Wetten und bei rund 19,5 Prozent im Bereich der stationären Wetten lagen, musste davon ausgegangen werden, dass die Wettveranstalter bei einer Abgabenbelastung von 16 2/3 Prozent keine mit dem Schwarz- und Graumarktniveau vergleichbar attraktiven Quoten würden anbieten können, zumal die Anknüpfung der Konzessionsabgabe an die Spieleinsätze (und nicht den Bruttospielertrag) dazu führt, dass die Wettanbieter diese Abgabenlast auf die Spielteilnehmer abwälzen.¹ Von der Geeignetheit

¹ Vgl. S. 56 des Gutachtens vom Oktober 2011.

eines mit einer derartigen Abgabenbelastung verbundenen Konzessionssystem zur Bekämpfung des bestehenden Schwarz- und Graumarktes im Sportwettbereich (vgl. § 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV-ÄE) konnte daher nicht ausgegangen werden. Aufgrund der im Gutachten beschriebenen tatsächlichen Anhaltspunkte, insbesondere des bisherigen enormen Vollzugsdefizits, die allesamt darauf hindeuten, dass sich der unregulierte Sportwettenmarkt nur schwerlich durch allzu restriktive Beschränkungen des legalen Angebots eindämmen und in geordnete und überwachte Bahnen lenken lässt,² bin ich zu dem Ergebnis gelangt, dass sich der Gesetzgeber zur Begründung der Geeignetheit der Regelung nicht mehr auf seinen im Grundsatz großzügig bemessenen Einschätzungs- und Prognosespielraum zurückziehen könnte. Es müsste dargelegt werden können, dass das von ihm ins Werk gesetzte Konzessionsmodell geeignet ist, „durch ein begrenztes, eine geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel darstellendes Glücksspielangebot den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken sowie der Entwicklung und Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten entgegenzuwirken“ (§ 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV-ÄE).³ Bislang jedenfalls hatten sich die Urheber des im Raum stehenden Konzessionsmodells dieser Begründungslast nicht angenommen. Es war daher davon auszugehen, dass das Konzessionsmodell schon aufgrund der hohen Abgabenbelastung **nicht geeignet war, den Grau- und Schwarzmarkt im Sportwettbereich effektiv zu bekämpfen.**

Die geplante Abgabe in Höhe von 16 2/3 Prozent der Spieleinsätze **verstieß überdies offensichtlich gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot**, da sie materiell einer subjektiven Berufszulassungsbeschränkung gleichkam und die Landesgesetzgeber kaum in der Lage waren, darzulegen, dass die bezweckte Vermeidung einer übermäßigen Ausweitung des regulierten, aber auch gerade des unregulierten Marktes nicht ebenso effektiv durch eine erheblich niedrigere Abgabenbelastung würde erreicht werden können. Als verfassungsrechtlich relevanter Anhaltspunkt dafür, dass diesem Ziel auch durch eine deutlich niedrigere Abgabenbelastung Genüge getan werden konnte und mit der Einführung einer Konzessionsabgabe in Höhe von 16 2/3 Prozent der Spieleinsätze daher die Grenzen des gesetzgeberischen Einschätzungs- und Prognosespielraumes überschritten worden wären, wurde insbesondere auch die insofern abweichende Einschätzung des schleswig-holsteinischen Gesetzgebers erachtet.⁴

² Vgl. dazu S. 54 ff. des Gutachtens vom Oktober 2011.

³ Vgl. S. 57 des Gutachtens vom Oktober 2011.

⁴ Vgl. dazu S. 60 f. des Gutachtens vom Oktober 2011.

II. Auswirkung der vorgesehenen Reduzierung der Abgabenbelastung

Die Auswirkungen der vorgesehenen Reduzierung der Abgabenbelastung wird man für den Bereich des Online-Vertriebes und für den stationären Bereich jeweils separat beurteilen müssen, da hier unterschiedliche Gewinnmargen bestehen.

1. Auswirkungen im Online-Bereich

Im **Online-Bereich** würde ein Abgabensatz von fünf Prozent der Spieleinsätze zwischen 50 und 70 Prozent des Umsatzes der Online-Anbieter einnehmen, da die im Online-Bereich erzielbaren Bruttoerträge nach den Angaben der Auftraggeberinnen bei rund sieben bis zehn Prozent liegen. In Verbindung mit den weiteren vorgesehenen Belastungen der Online-Anbieter, insbesondere der Einsatzbegrenzung von 1.000 Euro pro Monat, dürfte auch die abgesenkte Abgabenbelastung von fünf Prozent der Spieleinsätze weiterhin keinen wirtschaftlich tragfähigen Betrieb bei gleichzeitigem konkurrenzfähigem Wettangebot ermöglichen. Im Einklang mit der bisherigen verfassungsrechtlichen Beurteilung ist daher davon auszugehen, dass das Konzessionsmodell aufgrund der hohen Abgabenbelastung im Online-Bereich auch nach den vorgenommenen Änderungen des Entwurfs **nicht geeignet zur Bekämpfung des Grau- und Schwarzmarktes im Sportwettbereich** sein wird. Des Weiteren erscheint die Abgabenbelastung trotz der Reduzierung weiterhin als **nicht erforderlich**, um eine übermäßige Ausweitung des regulierten, aber auch gerade des unregulierten Marktes im Online-Bereich zu verhindern.

2. Auswirkungen im stationären Bereich

Im **stationären Bereich** dürften die verfassungsrechtlichen Bedenken durch die Senkung des Abgabensatzes dagegen ausgeräumt sein. Hier läuft der vorgesehene reduzierte Abgabensatz nach den Angaben der Auftraggeberinnen auf eine Belastung von zwanzig bis fünfundzwanzig Prozent der Bruttoerträge hinaus. Dies dürfte einem wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb nicht entgegenstehen.

C. Die Erhöhung der Höchstzahl der zu vergebenden Konzessionen

I. Verfassungsrechtliche Beurteilung der bislang vorgesehenen Höchstzahl von sieben Konzessionen

Die Beschränkung der Höchstzahl der zu vergebenden Konzessionen auf sieben Stück habe ich für verfassungswidrig erachtet, da sie eine Beschränkung der Rechte der Konzessionsbe-

werber darstellte, die sich **weder als erforderlich zur Erreichung der verfolgten Regelungsziele noch als angemessen erweist**.

Eine Beschränkung der Zahl zu vergebener Konzessionen (§§ 4a Abs. 3, 10a Abs. 3 GlüStV-ÄE) auf sieben Stück habe ich als objektive Berufszulassungsbeschränkung qualifiziert, die sich als zur Erreichung der verfolgten Regelungsziele **nicht erforderlich** erweist, da nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, dass die befürchteten Gefahren mit einem zahlenmäßig unbeschränkten oder zahlenmäßig weit großzügiger bemessenen Erlaubnismodell nicht wirksam bekämpft werden können. Die Erteilung einer Erlaubnis könnte in einem solchen die betroffenen Grundrechtsträger weniger belastenden Regelungssystem an strenge – subjektive – Voraussetzungen der Antragsteller geknüpft werden; ferner könnte den angenommenen Gefahren durch geeignete Berufsausübungsregelungen begegnet werden. Die ursprünglich vorgesehene Regelung hätte daher auch insoweit unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit die verfassungsmäßigen Rechte der Konzessionsbewerber aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt.⁵

Die Beschränkung der Zahl der zu vergebenden Konzessionen stellte außerdem weder grundsätzlich noch in ihrer konkreten Festlegung auf die Zahl sieben eine **angemessene Beschränkung** der verfassungsmäßigen Rechte der Konzessionsbewerber aus Art. 12 Abs. 1 GG dar, weil die hohe Intensität der damit bewirkten Grundrechtseingriffe in deutlichem Widerspruch zu der mit dem Entwurf zur Änderung des Staatsvertrages anvisierten Absenkung des gewährleisteten Schutzniveaus stand, welche bereits in der Teilliberalisierung des Marktes selbst, insbesondere aber in der Zulässigkeit des Online-Vertriebs von Sportwetten zum Ausdruck kommt.⁶

II. Auswirkungen der vorgesehenen Erhöhung der Höchstzahl auf zwanzig Konzessionen

Auch eine Beschränkung der Höchstzahl der zu vergebenden Konzessionen auf nunmehr zwanzig Stück erweist sich als **objektive Berufszulassungsbeschränkung** für die potentiellen Anbieter von Sportwetten. Bereits jetzt sollen insgesamt etwa 3.000 illegalen Internetseiten im Online-Wettbereich existieren;⁷ im stationären Bereich sollen nach den Angaben der Auftraggeberinnen schon jetzt deutlich über zwanzig Anbieter tätig sein. Hinzu treten würde die Zahl

⁵ Vgl. dazu S. 59 f. des Gutachtens vom Oktober 2011.

⁶ Vgl. dazu ausführlich S. 62 ff. des Gutachtens vom Oktober 2011.

⁷ Vgl. zu dieser Bezifferung SH-LT-Drucks. 17/1100, S. 51.

der großen internationalen stationären Sportwettanbieter, die den deutschen Markt aufgrund der geltenden Rechtslage gemieden haben – allein in Großbritannien wäre dies nach den Angaben der Auftraggeberinnen ein knappes Dutzend Unternehmen. Aufgrund dieser Umstände kann nicht etwa davon ausgegangen werden, dass die zahlenmäßige Beschränkung keine nennenswerte Zahl von Anbietern mehr treffen würde. Eine solche objektive Berufswahlregelung ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts seit dem „Apotheken“-Urteil grundsätzlich nur dann gerechtfertigt, wenn sie der „Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ dient.⁸

Die verfassungsrechtlichen Einwände gegen die mit der Beschränkung der Konzessionszahl einhergehende Zulassungsbeschränkung bestehen meines Erachtens trotz der Erhöhung der Höchstzahl der Konzessionen auf zwanzig Stück fort.

Zum einen erscheint die zahlenmäßige Beschränkung der zu vergebenen Konzessionen auf zwanzig Stück angesichts der eigenen Zielsetzung des Gesetzgebers und des intendierten herabgesetzten Schutzniveaus weiterhin **zur Erreichung der mit dem Konzessionsmodell verfolgten Ziele nicht erforderlich**.⁹ Der Entwurf zur Änderung des Glücksspielstaatsvertrages geht selbst von einem nunmehr reduzierten Gefahrenpotenzial im Bereich der Sportwetten aus. Dafür spricht weiterhin der Umstand, dass der Sportwettenmarkt nun zumindest teilweise auch für (nun insgesamt sogar zwanzig) private Anbieter geöffnet werden soll. Damit wird deutlich, dass die mit der Veranstaltung von Sportwetten durch Private verbundenen Gefahren prinzipiell als bekämpfbar und vermeidbar erachtet werden. Angesichts dieser Einschätzung dürfte es den Landesgesetzgebern schwerfallen, die Gewissheit oder zumindest die hohe Wahrscheinlichkeit darzulegen, „dass die befürchteten Gefahren mit (verfassungsmäßigen) Mitteln der vorausgehenden ‚Stufe‘“ – sprich: mit einem zahlenmäßig relativ unbeschränkten Erlaubnismodell – „nicht wirksam bekämpft werden können“.¹⁰ Die Erteilung einer Erlaubnis könnte in einem solchen die Betroffenen weniger belastenden Regelungssystem an strenge – subjektive – Voraussetzungen geknüpft werden; ferner könnte den angenommenen Gefahren durch geeignete Berufsausübungsregelungen begegnet werden. Außerdem wäre auch zu erwägen, die mit zusätzlichen Konzessionen einhergehende Vergrößerung des Wettangebots dadurch zu vermeiden, dass mit den Konzessionen weniger Berechtigungen erteilt werden als bislang ge-

⁸ BVerfGE 7, 377 (408), ohne Hervorhebungen im Original.

⁹ Vgl. dazu ausführlich S. 59 f. des Gutachtens vom Oktober 2011.

¹⁰ Vgl. zu den Zitaten BVerfGE 7, 377 (408).

plant, oder dass Konzessionen nicht automatisch auch mit dem Recht zur Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten im Internet verbunden werden.

Des Weiteren erscheint das Konzessionsmodell auch bei einer Höchstzahl von zwanzig Konzessionen als **nicht folgerichtige und damit unangemessene Beschränkung der Grundrechte der Konzessionsbewerber**.¹¹ Die mit der Höchstzahlregelung verbundene intensive objektive Beschränkung der Berufswahlfreiheit steht in deutlichem Widerspruch zu der mit dem Entwurf zur Änderung des Staatsvertrages anvisierten Absenkung des gewährleisteten Schutzniveaus. Neben der grundsätzlichen Entscheidung der Urheber des Entwurfs zur Öffnung des Sportwettenmarktes für private Veranstalter fällt dabei vor allem die in § 4 Abs. 5 GlüStV-ÄE vorgesehene Zulassung des Internets als Vertriebsform für die Sportwetten ins Gewicht. Besonders hervorzuheben ist dabei, dass der aktuelle Entwurf weder Beschränkungen für die Zahl der Annahmestellen noch für die der Homepages vorsieht, dass die zugelassenen zwanzig Anbieter also ein unbegrenztes Angebot zur Verfügung stellen dürften. Mit der Umsetzung dieses Modells würden die Landesgesetzgeber den Schutz vor den Gefahren der Spiel- und Wettsucht, den Jugend- und Verbraucherschutz sowie den Schutz vor den Gefahren der Begleit- und Folgekriminalität – in verfassungsrechtlich prinzipiell zu respektierender Weise – ganz erheblich zurückfahren. Zugleich würden die verfassungsrechtlich geschützten Belange der von den Konzessionsbeschränkungen betroffenen Grundrechtsträger aber zwangsläufig eine relative Aufwertung erfahren, die sich mit den gleichwohl aufrecht erhaltenen, vergleichsweise intensiven Beschränkungen in Form des Konzessionierungserfordernisses und der zahlenmäßigen Beschränkung der Konzessionen kaum vereinbaren lässt. In jedem Falle würde eine derartige Schräglage zwischen dem abgeschwächten Schutzniveau einerseits und den intensiven Freiheitsbeschränkungen andererseits den Landesgesetzgebern eine erhebliche Argumentationslast aufbürden, bei der sie sich im Übrigen nicht auf einen Einschätzungs- und Prognosespielraum berufen können, da es hier gerade nicht mehr um die Beurteilung der tatsächlichen Geeignetheit und Erforderlichkeit der geplanten Maßnahmen geht. Die erforderliche Begründung haben die Urheber des Entwurfs aber bislang nicht erbracht. Vielmehr erscheint die konkrete Festlegung auf eine Höchstzahl von zwanzig Konzessionen weiterhin als willkürliche, in keiner Weise durch sachliche Gesichtspunkte gestützte Beschränkung, die sich mehr an politischen Kompromisserfordernissen als an der Wahrung der verfassungsmäßigen Rechte Betroffener orientiert.

¹¹ Vgl. dazu eingehend S. 62 ff. des Gutachtens vom Oktober 2011.

D. Ergebnis

Die im Rechtsgutachten vorgetragenen verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Entwurf werden überwiegend durch die vorgesehenen Änderungen vom Oktober 2011 nicht ausgeräumt.

München, im Dezember 2011

- Prof. em. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier -