

Strukturfragen der Glücksspielregulierung

Herausgegeben von
JULIAN KRÜPER

Spiel und Recht

5

Mohr Siebeck

Spiel und Recht

herausgegeben von

Steffen Augsberg, Marc Bungenberg,
Christian J. Tams und Jörg Philipp Terhechte

5



Strukturfragen der Glücksspielregulierung

Grundlagen – Vollzug – Zukunft

Herausgegeben von
Julian Krüper

Mohr Siebeck

Julian Krüper, geboren 1974, ist Professor für Öffentliches Recht, Verfassungstheorie und interdisziplinäre Rechtsforschung an der Ruhr-Universität Bochum sowie Leiter der Bochumer Gespräche zum Glücksspielrecht.

ISBN 978-3-16-157009-4 / eISBN 978-3-16-157010-0

DOI 10.1628/978-3-16-157010-0

ISSN 2366-634X / eISSN 2569-4405 (Spiel und Recht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Minion gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die Debatten um die deutsche Glücksspielregulierung kommen nicht zur Ruhe. Vor allem die Umsetzung der Regulierungsregime von Glücksspielstaatsvertrag und Landesrecht stellt die verwaltungsbehördliche wie verwaltungsgerichtliche Praxis vor Probleme, an die sich zahlreiche grundsätzliche Fragen knüpfen, von denen dieser Band wichtige thematisiert. Dabei wird deutlich, dass sich das normativ unsichere Fundament des Glücksspielstaatsvertrages in administrativen Vollzugsdefiziten gerade im Spielhallenrecht fortsetzt, deren verfassungsrechtliche Bewertung *Rike U. Krämer-Hoppe* thematisiert. Gerade hier sind und bleiben auch die suchtwissenschaftlichen Grundlagen der Regulierung umstritten. *Gerhard Bühringer, Robert Czernecka, Roxana Kotter* und *Anja Kräplin* untersuchen und widerlegen in ihrem Beitrag die von den Ländern und dem Bundesverfassungsgericht 2017 aufgestellte These, die Suchtgefährlichkeit von Spielautomaten differiere abhängig vom Aufstellort und plädieren für ein kohärentes und spielformenübergreifendes Regulierungsmodell.

An den Spielhallenbeschluss des Bundesverfassungsgerichts 2017, nach dem sich regulatorisch und administrativ wenig zum Besseren gewendet hat und dessen rechtsstaatliche Folgeprobleme mittlerweile mit Händen zu greifen sind, knüpft auch *Bernd J. Hartmann* mit seinen Überlegungen zur „Sonderdogmatik“ im Spielhallenrecht an.

Die Zukunft des Lotteriemonopols ist mehr denn je ungewiss und wird mittlerweile auch offen durch Gerichtsentscheidungen in Frage gestellt. *Jörg Ennuschat* lotet in seinem Beitrag Begründungsansätze für das Lotteriemonopol aus, dessen Bestand die politische und rechtswissenschaftliche Debatte noch geraume Zeit beschäftigen wird.

Immer drängender wird schließlich das Bedürfnis nach einer Regulierung des boomenden Online-Glücksspiels sowie nach einem verfassungs- und unionsrechtskonformen Konzept für die Sportwetten, die einstweilen in einer Grauzone geduldeter Halblegalität florieren. Angesichts neuer Markteintritte rücken auch die Soziallotterien wieder stärker in den Blick. Vor diesem Hintergrund wirft *Jörg Philipp Terhechte* einen Blick auf die Zukunft des Glücksspielstaatsvertrages und die notwendigen anstehenden Reformen.

Die vorliegenden Beiträge wurden zuerst im Rahmen des *Zweiten Bochumer Gesprächs zum Glücksspielrecht* vorgestellt, das im Rahmen eines durch die gewerbliche Praxis geförderten Projektes zu „Regulierungsinstrumenten im Glücksspielrecht“ am 20. Oktober 2017 stattfand. Der Band knüpft insofern an den Vorgängerband zum Thema „Zertifizierung und Akkreditierung als Instrumente qualitativer

Glücksspielregulierung“ an und ergänzt dessen Gegenstand um die genannten Perspektiven.

Für ihren engagierten Einsatz danke ich meinen Bochumer Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, der den erfolgreichen Ablauf der Tagung und diesen Band erst ermöglicht hat. Für den Erfolg der Tagung Sorge getragen und bei der Organisation und Durchführung in besonderem Maße verdient gemacht haben sich dabei *Sebastian Walisko* und *Simon Philipp*.

Dank gilt dem Verlag Mohr Siebeck, insbesondere Daniela Taudt und Susanne Mang, für die wie immer angenehme und professionelle Zusammenarbeit.

Bochum, im Herbst 2018

Julian Krüper

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
 <i>Rike U. Krämer-Hoppe</i>	
Vollzugsdefizit im Glücksspielrecht als (verfassungs-)rechtliches Problem	1
 <i>Bernd J. Hartmann</i>	
Sonderdogmatiken für Spielhallen? – Zu dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16.12.2016 – BVerwG 8 C 6.15 – und dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 07.03.2017 – 1 BvR 1314/12	21
 <i>Gerhard Bühringer, Robert Czernecka, Roxana Kotter, Anja Kräplin</i>	
Zur Relevanz der Merkmale von Spielstätten für die Regulierung des Glücksspielens am Beispiel der Geldspielgeräte	47
 <i>Jörg Ennuschat</i>	
Zur Zukunft des Lotteriemonopols	73
 <i>Jörg Philipp Terhechte</i>	
Föderales Chaos oder zeitgemäße Regulierung? – Zur Zukunft des Glücksspielstaatsvertrags im Widerstreit unterschiedlicher Ordnungsideen	89

Vollzugsdefizit im Glücksspielrecht als (verfassungs-)rechtliches Problem

Rike U. Krämer-Hoppe

A. Einleitung

Der Vollzug von Gesetzen, seien es Gesetze im Bereich der Glücksspielregulierung, im Gewerberecht oder in anderen Bereichen, obliegt der Verwaltung. In Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes ist ein wesentlicher Teil des Rechtsstaatsprinzips niedergelegt. Hier heißt es: Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden. Aus dieser Bindung an Gesetz und Recht wurden der Vorbehalt des Gesetzes, kein Handeln ohne Gesetz, und der Vorrang des Gesetzes, kein Handeln gegen das Gesetz, als rechtsstaatliche Maximen entwickelt. Die Exekutive ist mithin an Gesetz und Recht gebunden. Es besteht ein Anwendungsgebot von Gesetzen. Eine der ureigensten Aufgaben der Verwaltung ist der Vollzug von Gesetzen, deren Implementation, Anwendung und deren Rechtsdurchsetzung. Diese Durchsetzung von Recht und der Vollzug von Gesetzen finden im Glücksspielrecht zuweilen nicht immer statt.

Zum Vollzugsdefizit im Glücksspielrecht stellen *Koenig* und *Jäger* für das Totalverbot von Online-Casinospielen in § 4 Abs. 4 GlüStV fest: „Mehr als vier Jahre nach Inkrafttreten des GlüStV ist im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Überwachung der Einhaltung der Bestimmungen des GlüStV noch immer kein Anbieter gesperrt worden, obwohl die zahlreichen und vielfältigen Verstöße manifest sind.“¹ § 4 Abs. 4 GlüStV, das Verbot von Glücksspiel im Internet, scheint demnach eine der Normen zu sein, die von der Exekutive nicht vollzogen werden. Noch augenfälliger wird das Vollzugsdefizit, wenn man Ausführungen in der Studie von *Peren* und *Clement* folgt. Hiernach betrug der Umsatz im deutschen Glücks- und Gewinnspielmarkt im Jahr 2014 13,8 Mrd. Euro. Der nicht-regulierte, sogenannte graue und schwarze Markt umfasste einen Anteil von über 23 % des Umsatzes (3,17 Mrd. Euro).² Nicht jedes Glücksspiel im grauen Markt ist illegal, ein Teil davon jedoch schon. Das Handelsblatt stellt in seiner Studie zum Glücksspielrecht fest, der Vollzug in Deutschland sei lückenhaft.³ Abschließend lässt sich sagen, dass das Vollzugsdefizit im Glücksspielrecht in Wissenschaft und Presse allgemein anerkannt ist.

¹ *Koenig/Jäger*, ZfWG 2016, 286 (287).

² *Peren/Clement*, ZfWG 2016, 1 (7, 22).

³ Handelsblatt Research Institute, Der Glücksspielmarkt in Deutschland, 2017, S. 87.

Nicht nur die Wissenschaft, sondern die Exekutive selbst kommt zu ähnlichen Ergebnissen. Der Evaluierungsbericht des Landes Hessen zum Glücksspielstaatsvertrag führt das starke Wachstum des nicht-regulierten Marktes in den letzten Jahren auf den wirkungslosen Vollzug in diesem Bereich zurück.⁴ Die Ministerpräsidentenkonferenz hat aufgrund des Vollzugsdefizits im Oktober 2016 verschiedene Prüfaufträge an die obersten Glücksspielaufsichtsbehörden formuliert. Diese werden gebeten, die aktuelle tatsächliche Entwicklung im Bereich von Online-Casinoangeboten zu analysieren und unter Berücksichtigung der Erfahrungen in anderen europäischen Ländern zu prüfen, welche regulatorischen Maßnahmen dazu beitragen könnten, die Ziele des Glücksspielstaatsvertrages in diesem Bereich besser zu erreichen.⁵

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass das Vollzugsdefizit im Glücksspielrecht, insbesondere im Internet, in Wissenschaft, Presse und Verwaltung allgemein anerkannt ist. Der vorliegende Aufsatz wird zum Verständnis dieses tatsächlichen Befundes einen weiterführenden Beitrag leisten und auf die verfassungsrechtlichen Fragen, die sich bei Vollzugsdefiziten stellen, eingehen. Zum Hintergrund von Vollzugsdefiziten werden zuerst verschiedene Gründe für das Entstehen von Vollzugsdefiziten, wie sie in der Implementationsforschung herausgearbeitet wurden, näher erläutert. Nachdem verschiedene tatsächliche Gründe für das Entstehen von Vollzugsdefiziten beschrieben wurden, wendet sich der Beitrag dem Verfassungsrecht zu und analysiert die Anforderungen, die das Verfassungsrecht an vollzugsfähige Gesetze und den Vollzug von Gesetzen selbst stellt. Der Schwerpunkt wird hier auf die Anforderungen aus dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG für den Erlass und den Vollzug von Gesetzen gelegt. Der Beitrag endet mit einer Zusammenfassung und einem Ausblick. Neben dem vorherrschenden öffentlichen Vollzug von Normen des Glücksspielrechts könnte man in der Zukunft daran denken, diese öffentliche Rechtsdurchsetzung durch Instrumente der privaten Rechtsdurchsetzung zu flankieren.

B. Die Implementationsforschung: Erklären und Verstehen von Vollzugsdefiziten

Marion Caspers-Merk wirft in ihrem Beitrag in der Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht die Frage auf: „Warum tut sich Deutschland so schwer mit vollzugsfreundlichen und klaren Regelungen?“⁶ Um diese Frage beantworten zu können, lohnt sich ein Blick in die Implementationsforschung, deren Forschungsprogramm sich in den 1970er Jahren entwickelt hat und teilweise unter dem Stichwort Evaluationsforschung behandelt wird. Die Gründe für das Aufkommen dieses neuen Forschungs-

⁴ Endbericht des Landes Hessen zur Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrages, 2017, S. 26.

⁵ Pressemitteilung von *Sellering* und *Hasselhof* zu den Ergebnissen der MPK, 28.10.2016, abrufbar unter: https://www.regierung-mv.de/serviceassistent/_php/download.php?datei_id=1580643.

⁶ *Caspers-Merk*, ZfWG 2017, Sonderbeilage 3/2017, 6.

zweiges waren die neuen, immer weitreichenderen sozialpolitischen und arbeitsmarktpolitischen Programme in den USA, die in den 1970er Jahren formuliert und verabschiedet wurden. Auf das Recht wurden neuere, positive Steuerungsfunktionen übertragen. Rechtliche Programme sollten erstmals dazu genutzt werden, benachteiligten Gruppen Chancen auf dem Arbeitsmarkt zu eröffnen.⁷ Diese neuen Programme führten jedoch nicht zu den gewünschten Ergebnissen. Die Implementationsforschung widmet sich der Fragestellung, warum die gewünschten Ergebnisse nicht eintraten. Sie geht der Frage nach, ob intendierte Steuerungswirkungen in der Realität auftreten und wenn nicht, warum.

Die Regulierung des Glücksspiels gehört zwar nicht zu diesem Gebiet der neueren Programme, sondern ist vielmehr ein Bereich, der schon seit Jahrhunderten zeitweise stärker oder weniger stark reguliert wird.⁸ Dennoch kann dieser Forschungszweig Einblicke in die verschiedenen Zusammenhänge und Voraussetzungen für den gelingenden Vollzug von Gesetzen geben. Vorab ist festzuhalten, dass die Gründe für den Nichtvollzug von gesetzlichen Vorgaben vielfältig sind und nicht ausschließlich bei den Vollzugsbehörden liegen.

I. Gründe für Vollzugsdefizite

Die erste große Studie im Bereich der Implementationsforschung war die Untersuchung von *Pressmann* und *Wildavsky* zu einem viele Millionen umfassenden Förderprogramm in Oakland. Mit einer großzügigen Förderung aus Washington (23 Millionen US-Dollar Fördersumme) wollte man Arbeitsplätze für Minderheiten in Oakland schaffen. In Washington konnte man es sich nicht erklären, dass ein Großteil der Mittel nie abgerufen wurde. Das hehre Ziel, für Minderheiten nachhaltige Arbeitsplätze zu schaffen, wurde nicht erreicht. In ihrer Studie stellen *Pressmann* und *Wildavsky* fest, dass einer der Gründe, warum das Projekt scheiterte, das Kooperationserfordernis war. Viele verschiedene Akteure mussten zusammenarbeiten und sich koordinieren, um die Mittel abzurufen.⁹ Das Problem, Entscheidungen zu fällen, bei denen es einer Kooperation zwischen einer Vielzahl von Akteuren bedarf, ist in späteren Publikationen für die Europäische Union und den Föderalismus in der Bundesrepublik Deutschland untersucht und bestätigt worden. Hier ist es unter dem Stichwort „Joint Decision Trap“ behandelt worden.¹⁰

In der Bundesrepublik Deutschland ist der Beginn der Implementationsforschung stark mit den Arbeiten von *Renate Mayntz* verknüpft. Sie formulierte das Forschungsprogramm der Implementationsforschung in der Bundesrepublik Deutschland. Hiernach sei mit dem Begriff der Implementation die Durchführung der im

⁷ Grundlegend *Pressmann/Wildavsky*, Implementation – How Great Expectations in Washington are Dashed in Oakland, 1973.

⁸ *Makswit*, Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht, 2015, S. 24 ff.

⁹ *Pressmann/Wildavsky* (Fn. 7).

¹⁰ *Scharpf*, Public Administration 1988, 239.

Prozess der Politikentwicklung entstandenen Gesetze und anderer Handlungsprogramme gemeint. Allerdings dürfe sich der Forschungsgegenstand nicht bloß auf die Implementation selbst beschränken, vielmehr gehören sowohl die Problemartikulation, die Zieldefinition, die Programmentwicklung, die Implementation und das Implementationsergebnis zum Untersuchungsgegenstand mit dazu. Es geht dem Ansatz nach nicht nur darum, zu messen, wie effektiv eine bestimmte Politik war, sondern auch den Prozess dazwischen zu analysieren und zu verstehen. Methodisch kann hier zum einen prozessorientiert vorgegangen werden. Es kann untersucht werden, welches die den Prozess beeinträchtigenden Störfaktoren sind. Zum anderen kann akteurszentriert vorgegangen werden. Hier können die eigenständigen Handlungstendenzen der verschiedenen beteiligten Akteure analysiert werden.¹¹ Nach *Mayntz* sind die drei bedeutsamsten Faktoren bei der Analyse eines Implementationsprozesses folgende: Erstens sind es die Merkmale des durchzuführenden Programmes. Das Programm kann ein an Private gerichtetes Ver- oder Gebot sein. Zweitens sind es die Merkmale der Durchführungsinstanzen. Diese umfassen alle mit der Durchführung betrauten administrativen Einheiten, ihren Aufbau, ihre personelle und finanzielle Ausstattung. Den dritten relevanten Faktor bilden die Merkmale der Adressaten. Die Wechselwirkung zwischen diesen verschiedenen Faktoren herauszuarbeiten, sei, so *Mayntz*, das Ziel der Implementationsforschung.¹²

Die erste große empirische Studie zur Implementationsforschung entstand Ende der 1970er Jahre. Ihr Gegenstand waren die massiven Vollzugsprobleme im Umweltrecht.¹³ Den Stein des Anstoßes zu dieser Untersuchung bildete 1974 das Umweltgutachten des Sachverständigenrates für Umweltfragen, welches ein Vollzugsdefizit im Umweltrecht konstatierte.¹⁴ Obwohl das Gutachten die Ursachen und Gründe eines solchen Defizites offenließ, fühlten sich insbesondere die Vollzugsbehörden in den Ländern angegriffen. Die empirische Untersuchung sollte Hinweise über die Art, den Umfang und die Ursachen von Vollzugsmängeln geben. In den Blick genommen wurde das Verhalten der Vollzugsinstanzen. Die Studie kam zu dem Ergebnis, dass insbesondere fehlende Ressourcen beim Personal und bei der technischen Ausstattung den Vollzug behinderten.¹⁵ Spätere Studien kamen zu dem Ergebnis, dass die Verwaltung eigene Problemlösungsstrategien zur Überwindung des Vollzugsdefizits gefunden hatte: informelle Kooperation.¹⁶ Anstatt das Recht zu vollziehen und durchzusetzen, verhandelte die Verwaltung mit den Adressaten und fand kooperative Lösungen.

¹¹ *Mayntz*, Die Verwaltung 10 (1977), 51 ff.

¹² Ebd.

¹³ *Mayntz et al.*, Vollzugsprobleme der Umweltpolitik: empirische Untersuchung der Implementation von Gesetzen im Bereich der Luftreinhaltung und des Gewässerschutzes, 1978.

¹⁴ BT-Drs. 7/2802, S. 180.

¹⁵ *Mayntz et al.* (Fn. 13).

¹⁶ *Dose*, Die verhandelnde Verwaltung: eine empirische Untersuchung über den Vollzug des Immissionschutzrechts, 1996.

Die von Mayntz aufgeworfenen Fragen und Zusammenhänge beschäftigen noch heute die Implementationsforschung. Hiernach spielen für den Vollzug von Gesetzen die Politikformulierung, das Politikdesign, der Aufbau und die Struktur des Implementationsprozesses aber auch die Adressaten dieses Prozesses eine Rolle.

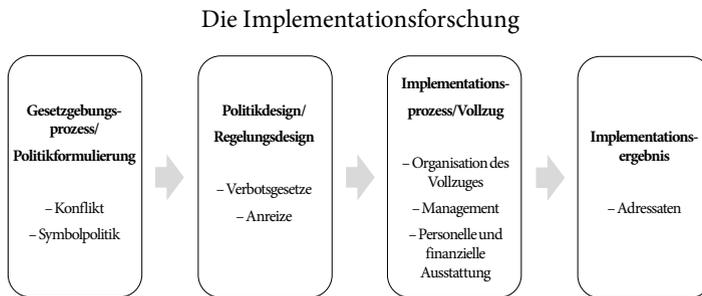


Abb.1: Quelle: Vgl. Winter, Implementation, in: Peters/Pierre (Hrsg.), The SAGE Handbook of Public Administration, 2012, S. 255–263, 258.

Ein Grund für den Nichtvollzug von Gesetzen kann schon in der Politikformulierung, im Gesetzgebungsprozess selbst, liegen. Gestaltet sich der politische Prozess sehr konfliktträchtig, so kann dies dazu führen, dass nur vage oder sogar sich widersprechende Ziele festgelegt werden. Bei einem Gesetz kann es sich ferner um Symbolpolitik oder Aktionismus handeln. Ein solches Handeln kann dazu führen, dass im Gesetz selbst keine Mittel festgelegt werden, mit denen die geforderten Ziele erreicht werden können, denn eine tatsächliche Zielerreichung war nie intendiert. Neben dem Konflikt oder dem Aktionismus kann ein Desinteresse auf allen Seiten vorliegen. Ein solches Desinteresse kann ebenso dazu führen, dass im Gesetzgebungsprozess keine vollzugsfähigen Gesetze erarbeitet werden.¹⁷

Das Politik- oder Regelungsdesign kann aus verschiedenen Instrumenten bestehen: Verboten oder Geboten, ökonomischen Anreizen, Informationen oder anderen. Allerdings ist die Auswahl dieser verschiedenen Instrumente kein technokratischer Prozess. Vielmehr hängt hier das effektivste Instrument davon ab, wie man dieses im Anschluss vollziehen möchte. Bei Verboten bedarf es Personal, das diese Verbote überwacht und durchsetzt. Finanzielle Anreize können in bestimmten Bereichen weniger personalaufwendig sein. Ferner findet die Wahl der Mittel im politischen Prozess statt, in dem es gilt, Kompromisse zu schließen, verschiedene Interessen durchzusetzen und zufriedenzustellen.¹⁸

¹⁷ Winter, Implementation, in: Peters/Pierre (Hrsg.), The SAGE Handbook of Public Administration, 2012, S. 255 (258).

¹⁸ Winter (Fn. 17), S. 258 f.

Der Implementationsprozess und seine Organisation wirkt sich ebenso auf den Erfolg des Vollzuges aus. Die Notwendigkeit der Kooperation von verschiedenen Akteuren kann sich negativ auf den Vollzug auswirken. Das Verhalten von sogenannten „street-level bureaucrats“ spielt eine Rolle.¹⁹ Dies sind diejenigen, die im Vollzug den direkten Kontakt zum Bürger pflegen. Ihnen kommt eine wichtige Funktion zu. Sie verfügen über einen nicht zu unterschätzenden Ermessensspielraum. Wie sie diesen anwenden und ausüben, beeinflusst den Erfolg des Vollzuges. Das Verhalten des Managements innerhalb der Implementationseinheiten ist für einen gelingenden Vollzug von Bedeutung: Wenn die Vorgesetzten hier selbst mit gutem Beispiel vorangehen, so kann sich dies positiv auf die Organisationseinheit auswirken.²⁰ Die personelle und finanzielle Ausstattung der Vollzugseinheiten wirken sich auf den Vollzug von Gesetzen aus.

Der letzte zu beachtende Schritt ist das Implementationsergebnis. Hier kommt es insbesondere auf den Adressatenkreis der Regulierung an. Zu untersuchen und zu berücksichtigen ist hier, wie sich der Adressatenkreis zusammensetzt. Es kann danach gefragt werden, ob der Adressatenkreis eine eigene intrinsische Motivation aufweist sich an bestimmte Regeln zu halten oder nicht. Hinzu kommt, wie der Adressatenkreis mit den Behörden interagiert und wo er sich befindet – Inland oder Ausland. All diese beschriebenen Faktoren können zum Erfolg oder zum Misserfolg einer Regulierung beitragen.²¹ Sie können den Vollzug in bestimmten Konstellationen fördern oder behindern.

II. Vollzugsdefizite im Glücksspielrecht

Das Vollzugsdefizit im Glücksspielrecht ist zwar allgemein bekannt, dennoch finden sich nur vereinzelt Studien, die sich mit den Gründen des Vollzugsdefizits tiefergehend beschäftigen. Der Evaluierungsbericht des Landes Hessen greift zwar den Vollzug auf und stellt dar, dass es im Bereich des Online-Glücksspiels ein höheres Defizit als in anderen Bereichen gibt.²² Das Vorgehen in der Studie und die erhobenen Daten erfüllen jedoch nicht die Anforderungen einer Implementationsstudie und können nicht mit der Studie von *Renate Mayntz* und anderen verglichen werden. Eine solche umfassende und umfangreiche Studie kann auch dieser Beitrag nicht leisten und erhebt nicht einen solchen Anspruch. Vielmehr sollen lediglich zwei Beispiele aus dem Bereich des Glücksspielrechts herausgegriffen werden, um die vorherigen Konzepte zu verdeutlichen.

¹⁹ *Lipsky*, Street-Level Bureaucracy – Dilemmas of the Individual in Public Services, 30. Aufl. 2010.

²⁰ *Winter* (Fn. 17), S. 259 ff.

²¹ *Winter* (Fn. 17), S. 261.

²² Endbericht des Landes Hessen zur Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrages, 2017, S. 27.

1. Gesetzgebungsprozess und das Glücksspielrecht

Bei der Glücksspielregulierung, insbesondere dem Bereich, welcher in die Kompetenz der Länder fällt, könnte man das Sprichwort, viele Köche verderben den Brei, bemühen. Die Unterschiedlichkeit zwischen den Ländern setzt nicht erst im Vollzug an, sondern sitzt viel tiefer. Schon bei der Frage, wie eine gute Glücksspielregulierung aussehen sollte, finden sich diametrale Unterschiede. Auf der einen Seite werden verschiedene Ansichten zur Liberalisierung des Glücksspiels vertreten, auf der anderen Seite gibt es die Verfechter der Regulierung des Glücksspiels. Ein Beispiel soll zur Verdeutlichung dieses Dilemmas kurz dargestellt werden: der Streit um die Vergabe der Sportwettenkonzessionen. Nach dem Glücksspielstaatsvertrag von 2012 sollten zunächst durch das Land Hessen 20 Sportwettenkonzessionen vergeben werden. Dieses Verfahren gestaltete sich nach verschiedenen Urteilen als rechtlich schwierig, und es bestand Überarbeitungsbedarf. Bei der Weiterentwicklung des Glücksspielstaatsvertrages machte sich Hessen nun für eine Aufhebung der quantitativen Begrenzung stark und schlug stattdessen qualitative Kriterien bei der Konzessionsvergabe für Sportwetten vor. Niedersachsen machte sich für eine zeitlich befristete Aufhebung der zahlenmäßigen Begrenzung stark. Nordrhein-Westfalen plädierte für eine Anhebung der Anzahl der zu vergebenden Konzessionen und Bayern wollte den 35 Bewerbern, die im Konzessionsverfahren die Mindestanforderungen erfüllt hatten, vorläufig ihre Tätigkeit als Sportwettenanbieter erlauben.²³ Diese unterschiedlichen Meinungen nur zu der Vergabe von Sportwettenkonzessionen zeigen die unterschiedlichen Ansichten und Positionen bei der Formulierung einer gemeinsamen Politik im Bereich des Glücksspiels. Eine Glücksspielregulierung kann nicht einen Markt liberalisieren und diesen gleichzeitig so eng wie möglich regulieren. Diese zwei Ziele widersprechen einander. Dieser Widerspruch, der sich sicherlich auch im Glücksspielstaatsvertrag niedergeschlagen hat, könnte ein Grund für die Schwierigkeiten beim Vollzug des Glücksspielrechts sein.

2. Implementationsprozess – Föderaler Vollzug

Die Organisation der Behörden, deren finanzielle und personelle Ausstattung spielen eine große Rolle für das Gelingen des Vollzuges. Auf die Frage, warum sich Deutschland so schwer tue mit dem Vollzug des Glücksspielrechts, antwortete *Marion Caspers-Merk*, „dass föderale Regelungen mit zersplitterten Zuständigkeiten und damit unterschiedlicher Rechtsprechung nicht vollzugsfreundlich sind.“²⁴ Auch die Studie des Handelsblattes kommt zu ähnlichen Ergebnissen. Es bestünden Probleme in der derzeitigen Verteilung von Kompetenzen. Ein flächendeckender Vollzug sei so schwierig zu gewährleisten. Zur Lösung des Problems schlägt die Studie die Etablierung von bundesweit zuständigen Behörden mit entsprechender personeller und fi-

²³ *Becker*, ZfWG 2017, 1.

²⁴ *Caspers-Merk*, ZfWG 2017, Sonderbeilage 3/2017, 6.

nanzieller Ausstattung vor.²⁵ Die Hessische Evaluationsstudie macht sich ebenso für die Gründung einer gemeinsamen Anstalt des öffentlichen Rechts stark.²⁶

Nun könnte man sich fragen, ob ein solches länderübergreifendes Gremium nicht schon besteht. Im Glücksspielstaatsvertrag 2012 ist in § 9a Abs. 5 GlüStV die Gründung einer gemeinsamen Stelle vorgesehen: das Glücksspielkollegium. Dieses sollte einen gemeinsamen und geordneten Vollzug sicherstellen und ermöglichen. Aufgrund seines Aufbaus und seiner Funktionsweise ist allerdings juristisch umstritten, ob das Glücksspielkollegium eine verfassungskonforme Einrichtung ist.²⁷ Ferner stellt die Hessische Evaluationsstudie fest, dass die Zusammenarbeit der Länder im Glücksspielkollegium gescheitert sei. Hierzu führt sie verschiedene Gründe an. Zum einen habe der Entscheidungsmodus einer qualifizierten Mehrheit (2/3) dazu geführt, dass nur wenige Länder notwendig waren, um positive Entscheidungen zu blockieren. Zum anderen führte diese Form der Zusammenarbeit dazu, dass eine Eini-gung häufig nur auf dem kleinsten gemeinsamen Nenner möglich war. Ferner beklagt die Studie, dass einige Länder bestimmte Positionen vor Gericht verteidigen mussten, von denen sie selbst nicht überzeugt waren.²⁸ Diese Dissonanz zwischen eigenem Verständnis und dem, was man nach außen vertreten muss, ist für den Vollzug nicht förderlich und wirkt sich auch auf das Engagement der Vollzugsbehörden und der „street-level bureaucrats“ aus. Bei diesen könnte das Gefühl entstehen, dass die höheren Verwaltungsebenen ihnen beim Vollzug nicht den Rücken stärken und nicht mit positivem Beispiel vorangehen.

Die Ministerpräsidentenkonferenz hat dieses Problem erkannt und einen Prüfauftrag für eine Anstalt des öffentlichen Rechts herausgegeben. Diese Anstalt soll unabhängig sein. Die verschiedenen Ansichten zum Vollzug zwischen den Bundesländern würden so keinen Einfluss auf die tägliche Arbeit der Vollzugsbehörde haben. Eine Bündelung der verschiedenen Aufgaben könnte helfen Wissen aufzubauen, um den Vollzug zu erleichtern. Ob in der nahen Zukunft eine solche Anstalt eingerichtet wird, bleibt abzuwarten. Der Vollzug des Glücksspielrechts scheint auf den ersten Blick kein Gebiet zu sein, in welchem föderale Strukturen immer einen Mehrwert generieren können. Eine gemeinsame Anstalt könnte den Vollzug des Glücksspielrechts fördern.

III. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass die Gründe für den Nichtvollzug von gesetzlichen Vorgaben vielfältig sind. Sie liegen mitnichten, insbesondere im Glücksspielrecht, nur bei den Vollzugsbehörden oder den sogenannten „street-level bureaucrats“. Unterschiedliche Ansichten zur Liberalisierung des deutschen Glücks-

²⁵ Handelsblatt Research Institute, Der Glücksspielmarkt in Deutschland, 2017, S. 32 f.

²⁶ Endbericht des Landes Hessen zur Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrages, 2017, S. 43 f.

²⁷ Bethge, ZfWG 2016, 386.

²⁸ Endbericht des Landes Hessen zur Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrages, 2017, S. 43.

spielmarktes wirken sich schon im Gesetzgebungsprozess aus. Der Gesetzgebungsprozess, das Regulierungsdesign, die Organisation des Vollzuges aber auch die Adressaten einer Regulierung können das Gelingen des Vollzuges beeinflussen. Ob der Ausweg aus dem Vollzugsdefizit im Glücksspielrecht, wie früher im Umweltrecht, über kooperatives und informelles Verwaltungshandeln gelöst werden wird, bleibt abzuwarten. Der Frage, ob dies eine verfassungsrechtlich wünschenswerte Lösung ist, soll im nächsten Kapitel nachgegangen werden.

C. Verfassungsrechtliche Probleme beim Vollzugsdefizit

Das Vollzugsdefizit im Glücksspielrecht ist ein Fakt, der sich durch verschiedene Faktoren erklären lässt. Es stellt allerdings nicht nur ein tatsächliches, sondern auch ein rechtliches und zwar ein verfassungsrechtliches Problem dar. Schon die Ergebnisse der Implementationsforschung aus den 1970er Jahren wurden in den juristischen Diskursen aufgenommen und führten dort zur Krise des Ordnungsrechts.²⁹ Neben dem Wahrnehmen von bestehenden Vollzugsdefiziten waren allerdings für die Krise auch die in der Verwaltung gefundenen Problemlösungsstrategien relevant. Man beobachtete mehr und mehr eine informelle Kooperation zwischen der Verwaltung und den Adressaten von umweltrelevanter Regulierung. Dies beunruhigte die Verwaltungswissenschaft, die bis dato den Vorrang des Gesetzes hochgehalten hatte.³⁰ Es führte zu der steuerungswissenschaftlichen Debatte im Verwaltungsrecht und der Herausbildung der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft. Diesen mehr an der Weiterentwicklung der verwaltungswissenschaftlichen Methode interessierten Ansätzen soll hier nicht weiter nachgegangen werden, vielmehr wird die verfassungsrechtliche Perspektive eingenommen. Für diese Perspektive kommen verschiedene Anknüpfungspunkte – wie Freiheitsrechte und der Rechtsstaat – in Betracht. Beide werden in den folgenden Ausführungen nur gestreift, das Augenmerk liegt stattdessen bei der Frage, welche Anforderungen sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG an Gesetze und an den Vollzug von Gesetzen ergeben. Für die verfassungsrechtliche Perspektive sind hierbei zwei Konstellationen zu unterscheiden: Zum einen stellt sich die Frage, ob die Normen selbst – hier der Glücksspielstaatsvertrag 2012 – aufgrund eines Vollzugsdefizits verfassungswidrig sind. Zum anderen gilt es, die verfassungsrechtlichen Vorgaben beim Vollzug von verfassungskonformen Gesetzen zu beachten.

²⁹ Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Hrsg.), GVwR, Bd. 1, 2. Aufl. 2012, S. 1 (9f.).

³⁰ Voßkuhle (Fn. 29), S. 10.

I. Strukturelles Vollzugsdefizit und die Verfassungsmäßigkeit des Glücksspielstaatsvertrages

Ein strukturelles Vollzugsdefizit wird vor den Gerichten von Zeit zu Zeit gerügt. Zum Erfolg führt ein solches Vorbringen, wenn es die Verfassungsmäßigkeit der Norm betrifft, jedoch selten.³¹ Dies liegt nicht zuletzt daran, dass die vom Bundesverfassungsgericht gezogenen Grenzen für die Annahme eines strukturellen Vollzugsdefizits eng gefasst sind. Es gibt zwei mögliche rechtliche Anknüpfungspunkte für die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes, dem ein strukturelles Vollzugsdefizit innewohnt: der allgemeine Gleichheitssatz und das Rechtsstaatsprinzip.

1. Rechtsetzungsgleichheit

Die Voraussetzungen für die Annahme eines strukturellen Vollzugsdefizits sind vom Bundesverfassungsgericht in mehreren Urteilen entwickelt worden. Grundlegend ist das Zinsbesteuerungsurteil aus dem Jahre 1994. Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde: Nach verschiedenen Rechtsänderungen unterlagen Kapitalerträge grundsätzlich der Einkommenssteuer. Die Höhe der jeweiligen Kapitalerträge musste von den Steuerpflichtigen selbst gegenüber dem Finanzamt erklärt werden. Mit dem Bankenerlass von 1979 wurde den Finanzämtern die Möglichkeit genommen, diese freiwilligen Angaben des Steuerzahlers durch einen Auskunftsanspruch gegenüber den Kreditinstituten zu verifizieren. Dieses Zusammenspiel hielt das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig. Der Belastungsgleichheit im Steuerrecht, welche sich aus Art. 3 Abs. 1 GG ergebe, sei hier nicht genüge getan worden. Denn die Besteuerungsgleichheit habe zwei Komponenten: zum einen die Gleichheit der normativen Steuerpflicht und zum anderen die Gleichheit bei der Durchsetzung in der Steuererhebung.³² „Die steuerliche Lastengleichheit fordert mithin, dass das materielle Steuergesetz die Gewähr seiner regelmäßigen Durchsetzbarkeit soweit wie möglich in sich trägt.“³³ Eine solche Belastungsungleichheit liege aber nicht schon bei tatsächlichen Vollzugsmängeln vor, wie sie immer wieder vorkommen.³⁴

„Wirkt sich indes eine Erhebungsregelung gegenüber einem Besteuerungstatbestand in der Weise strukturell gegenläufig aus, daß der Besteuerungsanspruch weitgehend nicht durchgesetzt werden kann, und ist dieses Ergebnis dem Gesetzgeber zuzurechnen, so führt die dadurch bewirkte Gleichheitswidrigkeit zur Verfassungswidrigkeit auch der materiellen Norm. Zuzurechnen ist dem Gesetzgeber eine im Erhebungsverfahren angelegte, in der dargestellten

³¹ Verneinend beispielsweise VG München, Urt. v. 05.03.2009, M 10 K 08.1268, juris; BFH, Beschl. v. 16.06.2011, XI B 120/10, juris; FG Düsseldorf, Urt. v. 17.03.2010, 15 K 2978/08, BeckRS; SächsOVG, KommJur 2017, 34. Bejahend beispielsweise VG Bayreuth, Urt. v. 18.02.2015, B 4 K 13.659, juris, allerdings aufgehoben vom BayVGH, Urt. v. 01.08.2016, 4 BV 15.844, juris; NdsOVG, KommJur 2015, 306.

³² BVerfGE 84, 239 (271).

³³ BVerfGE 84, 239 (271).

³⁴ BVerfGE 84, 239 (271).