

Februar 2024

19. Jahrg.

71732

Seite 1-100

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

1

- Prof. Dr. Johannes Dietlein*
1 **Mit zweierlei Maß**
- Prof. Dr. Christoph Degenhart*
2 **Glücksspiel in Gaststätten: Gesetzgebungskompetenzen**
- Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel*
6 **Fun-Games als regulatorischer Störkörper**
- Prof. Dr. Marc Liesching*
12 **Internet-Sperren und Payment-Blocking – Möglichkeiten und Grenzen im Rahmen der Glücksspielaufsicht**
- Sascha D. Peters*
16 **Financial Blocking im Glücksspielrecht als verfassungs- und unionsrechtskonformes unabhängiges Aufsichtsinstrument**
- Prof. Dr. Martin Nettesheim*
22 **Die Unionsrechtskonformität des glücksspielrechtlichen Verbots mit Erlaubnisvorbehalt und seiner Durchsetzung**
- Prof. Dr. Karl-Nikolaus Peifer*
32 **Differenzierende Werberegulierung**
- Prof. Dr. Juliane Hilf und Klaus Umbach*
40 **Neue EuGH-Rechtsprechung zum Glücksspielrecht**
- Dr. Laila Mintas*
45 **Die Regulierung von Sportwetten in den USA**
- Carsten Bringmann, Elena Marks und Fabian Löcken*
47 **Gambling vs. Gaming – Teil 2: Die Regulierung von Lootboxen als rechtspolitische Herausforderung und Chance**
- Bastian Philipp Kläner und Niklas Schiwy*
52 **Das präventive Restrukturierungsverfahren nach StaRUG – Teil II – Fallstudie eines gerichtlichen Restrukturierungsverfahrens**
- 57 **Nichtigkeitsklage gegen Beschluss der Kommission betreffend die Verlängerung von Glücksspiellizenzen in den Niederlanden**
EuG, Urt. v. 15.11.2023 – T-167/21
- 61 **Verbundverbot für Spielhallen ist weiterhin verfassungs- und unionsrechtskonform**
BVerwG, Beschl. v. 28.9.2023 – 8 B 15.23
- 63 **Keine Nichtigkeit der Autorisierung des Zahlers bei Verstoß gegen glücksspielrechtliches Zahlungsverbot**
BGH, Urt. v. 19.9.2023 – XI ZR 343/22
- 66 **Veranstaltung von Online-Zweitlotterien ohne Erlaubnis ist wettbewerbswidrig**
BGH, Beschl. v. 8.11.2023 – I ZR 148/22
- 72 **Untersagungsverfügung gegen Zahlungsdienstleister betreffend Payment-Blocking rechtmäßig**
OVG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 26.10.2023 – 3 M 72/23
- 94 **Keine vorläufige Kontenpfändung gegen maltesischen Online-Glücksspielanbieter wegen „Bill 55“**
OLG Karlsruhe, Beschl. v. 26.10.2023 – 19 W 74/23
- 95 **Rückforderung von Einsätzen für die Teilnahme an Online-Sportwetten**
OLG Köln, Urt. v. 17.11.2023 – 19 U 123/22

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

55“ ein möglichst rasches Ende zu bereiten. Erste Entscheidungen stimmen freilich wenig optimistisch. So wurde unlängst von einem Urteil des Civil Court of Malta berichtet, das die Anerkennung und Vollstreckung erfolgreicher auswärtiger Chargeback-Urteile ablehnt, weil diese gegen die maltesische Verfassung und die dort vermeintlich „eingebaute Vorfahrt“ gegenüber Unionsrecht verstoßen würde (siehe Orlando-Salling, VerfBlog, 2023/8/22, <https://verfassungsblog.de/not-with-a-bang-but-a-whimper/>). Soweit derartige Entscheidungen nicht in höheren Instanzen revi-

diert werden, dürfte ein Einschreiten der EU-Kommission im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens unvermeidlich sein. In Frage steht nicht nur die Unionstreue eines einzelnen EU-Mitgliedstaates, sondern vor allem die Handlungsfähigkeit aller übrigen EU-Mitgliedstaaten bei der ohnehin alles andere als einfachen Regulierung des Glücksspiels.

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

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

Aufsätze

Prof. Dr. Christoph Degenhart, Leipzig*

Glücksspiel in Gaststätten: Gesetzgebungskompetenzen

Mit der Föderalismusreform 2006 wurden das Spielhallenrecht und das Gaststättenrecht in ausschließliche Länderzuständigkeit überführt, während das Recht des gewerblichen Gewinnspiels in konkurrierender Zuständigkeit verblieben ist. Hieraus ergeben sich Abgrenzungsfragen, so für die Anzahl der Geldspielgeräte in Gaststätten. Das Recht der Gaststätten als Kompetenzbegriff ist normativ-rezeptiv zu bestimmen. Demnach ist der Bund konkurrierend zuständig für Geldspielgeräte in Gaststätten, wie auch für den Jugendschutz, die Länder sind zuständig für eine Regulierung sonstiger Glücksspielangebote in Gaststätten.

I. Glücksspielkompetenzen nach der Föderalismusreform

1. Kompetenzkonflikte – Rechtsprechung

Wie im Recht der Spielhallen, gilt es auch für das Recht des Glücksspiels in Gaststätten, sich in einem Geflecht von nicht immer passgenau aufeinander abgestimmten Kompetenzmaterien zurechtzufinden. Mit der Föderalismusreform 2006 waren das Spielhallenrecht und das Gaststättenrecht aus der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz für das Wirtschaftsrecht in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in ausschließliche Länderzuständigkeit überführt worden. Da andererseits mit dem Recht der Gewerbeordnung auch das Recht des gewerblichen Gewinnspiels in der konkurrierenden Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG verblieben ist, ergeben sich Abgrenzungsfragen sowohl zum Recht der Spielhallen als auch zum Gaststättenrecht.

Für das Recht der Spielhallen hat der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7.3.2017 zu landesrechtlichen Abstandsgeboten, Verbundverboten und weiteren Beschränkungen¹ eine gewisse Klärung dahingehend gebracht, dass die seit der Föderalismusreform 2006 ausschließliche Länderzuständigkeit nicht normativ-rezeptiv auf die Thematik des § 33 i GewO über die Spielhallenerlaubnis beschränkt, sondern auf den Lebenssachverhalt „Spielhallen“ bezogen

ist, und damit umfassend auf die gewerberechtlichen Anforderungen an Zulassung und Betrieb.² Die restriktiven landesgesetzlichen Regelungen waren damit kompetenzgerecht erlassen; sie wurden auch in der Sache gebilligt.

Als nicht in gleichem Maße konfliktträchtig erwies sich die Kompetenzverlagerung für das Gaststättenrecht. Für Glücksspiel in Gaststätten sind unterschiedliche kompetenzmäßige Zuordnungen³ in Betracht zu ziehen, einerseits zum Gaststättenrecht in der Zuständigkeit der Länder, andererseits für Geldspielgeräte weiterhin zum Recht der Wirtschaft in konkurrierender Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Für sonstige Formen des Glücksspiels wie z. B. Sportwetten ist auf die auch bisher gegebene Länderzuständigkeit für das Glücksspielwesen zurückzugreifen. Soweit allerdings auch eine Zuordnung zur Kompetenzmaterie des Gaststättenrechts in Betracht kommt, bedarf es hierzu der kompetenziellen Abgrenzung angesichts der fortbestehenden Anpassungskompetenz des Bundes gemäß Art. 125 a Abs. 1 GG, solange das Bundesrecht nicht durch Landesrecht ersetzt wurde.⁴

Für die Reduzierung der Anzahl der zulässigen Geldspielgeräte in Gaststätten durch § 3 Abs. 1 SpielV bejahten OVG Koblenz⁵ und VGH Mannheim⁶ die Zuständigkeit des Bundes in Abgrenzung zur Länderzuständigkeit für das Gast-

* Vortrag auf der GLÜG-Jahrestagung 2023 am 20.9.2023 in Bochum. Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

1 BVerfG, 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12, 1 BvR 1630/12, 1 BvR 1694/13, 1 BvR 1874/13, ZfWG 2017, 253 = BVerfGE 145, 20 – Spielhallenzulassung.

2 BVerfG, 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12, 1 BvR 1630/12, 1 BvR 1694/13, 1 BvR 1874/13, ZfWG 2017, 253 = BVerfGE 145, 20 Rn. 100 ff. – Spielhallenzulassung.

3 Zu den Kriterien kompetenzmäßiger Zuordnung s. Degenhart, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 39. Aufl. 2023 Rn. 172 ff.

4 BVerfG, 7.7.2020 – 2 BvR 696/12, BVerfGE 155, 310 Rn. 80 ff. – Durchgriffsverbot; zur Anpassungskompetenz des Bundes s. Weissenberger, DÖV 2012, 385, 386.

5 OVG Koblenz, 9.11.2020 – 6 A 10408/20, ZfWG 2021, 102.

6 VGH Baden-Württemberg, 10.1.2022 – 6 S 3295/20, ZfWG 2022, 185.

stättenrecht, ebenso VG München.⁷ Revision gegen das Urteil des OVG Koblenz wurde vom Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 29.6.2021 wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zugelassen.⁸ Der 8. Senat sah die Kompetenzfrage als ungeklärt. Da die Revision zurückgenommen wurde, kam es denn auch zu keiner grundsätzlichen höchstrichterlichen Klärung. Im Unterschied zu den Verwaltungsgerichten scheint der Bundesgerichtshof einer Länderzuständigkeit zuzuneigen, was die Aufstellung von Geldspielgeräten in Gaststätten betrifft, allerdings ohne nähere Begründung. Der bayerische Landesgesetzgeber habe, „soweit er die Möglichkeit zu einer landesrechtlichen Regelung der in §§ 1 bis 3 a SpielV geregelten Aufstellung von Geldspielgeräten in Gaststätten und Spielhallen hatte,“ von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht.⁹

2. Potentielle Konfliktfelder

Mithin stellte sich die Kompetenzfrage bisher in erster Linie für die Aufstellung von Geldspielgeräten in Gaststätten und hier für die vom Verordnungsgeber des Bundes vorgenommene Reduzierung der zulässigen Zahl von drei auf zwei durch Änderung der SpielV des Bundes. Für andere Formen des Glücksspiels in Gaststätten wie etwa die Annahme von Sportwetten¹⁰ wurde die Zuständigkeit der Länder nicht in Frage gestellt. Dies gilt insbesondere für das Trennungsgebot für die Sportwettenvermittlung und Geldspielgeräte in Gaststätten,¹¹ das in der Zuständigkeit der Länder für die Regulierung des Sportwettensektors gesehen wird, ungeachtet kompetenzieller Berührungspunkte mit dem Recht der Geldspielgeräte.¹² Die Kompetenzfrage könnte sich stellen, wenn an Regulierungen des Glücksspiels in der erlaubnisfreien Gastronomie, Teestuben oder Spielcafés gedacht werden sollte,¹³ insbesondere dann, wenn es um Jugendschutz geht, für das die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs.1 Nr. 7 GG – öffentliche Fürsorge – einschlägig ist.¹⁴

II. Zur Auslegung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 G: „Recht der Gaststätten“

1. Regelungstechnik

Gesetzgebungskompetenzen für das Glücksspiel in Gaststätten, dies kann im Ausgangspunkt festgehalten werden, sind also in Abgrenzung von Recht der Wirtschaft i. S. v. Art. 74 Abs.1 Nr. 11 GG, Gaststättenrecht und Glücksspielrecht zu bestimmen. Auszugehen ist von der expliziten Länderzuständigkeit für das Gaststättenrecht. Der Kompetenzbereich des Bundes ist insoweit durch die Reichweite der Länderkompetenzen zu bestimmen. Grundsätzlich allerdings gilt, dass nach der Systematik des Grundgesetzes der Kompetenzbereich der Länder durch die Reichweite der Bundeskompetenzen bestimmt wird und nicht umgekehrt.¹⁵ Denn die Systematik der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung ist dadurch gekennzeichnet, dass Art. 70 Abs. 1 GG die im Grundgesetz enumerativ aufgeführten Kompetenzen dem Bund, die verbleibenden Kompetenzen, die Residualkompetenzen den Ländern zugeordnet sind.¹⁶ Diese Systematik wird durchbrochen durch die explizite Zuweisung der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz an die Länder in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Eine ähnliche Regelungstechnik kannte das Grundgesetz vor der Föderalismusreform 2006 nur in Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG für

das „Bodenrecht (ohne das Recht der Erschließungsbeiträge)“.¹⁷ Mit der ausdrücklichen Zuweisung der Kompetenzmaterien im Klammerzusatz bei Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG wird also eine eigenständige Länderkompetenz in Abweichung von der Grundregel des Art. 70 Abs. 1 GG begründet, es liegt kein Fall einer Residualkompetenz vor.¹⁸ Deshalb ist hier umgekehrt die Kompetenzabgrenzung von der Länderkompetenz, also dem Recht der Gaststätten her vorzunehmen, wenn es um die Abgrenzung dieses speziellen Kompetenztitels gegenüber dem allgemeinen Kompetenztitel für das Recht der Wirtschaft geht. Für die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für das Recht des Jugendschutzes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG erfolgt die Kompetenzabgrenzung demgegenüber nach der Systematik des Art. 70 Abs. 1 GG, sind also die Gesetzgebungskompetenzen der Länder von der Bundeszuständigkeit des Bundes her zu bestimmen.

2. Auslegung der Kompetenznorm

a) Zur Methodik

Für die Zuweisung einer Gesetzgebungsmaterie an Bund oder Länder ist der in Betracht kommende Kompetenztitel anhand des Wortlauts, historisch, systematisch und mit Blick auf den Normzweck auszulegen.¹⁹ Gemäß den auch für Verfassungsnormen maßgeblichen allgemeinen Auslegungsregeln²⁰ ist für die Bestimmung des Zuweisungsgehalts des Begriffs „Recht der Gaststätten“ zunächst auf den Wortlaut der Neuregelung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG abzustellen. Da im Grundgesetz selbst der Begriff der Gaststätte nicht explizit geregelt wird, sieht das OVG Koblenz in der soweit ersichtlich einzigen obergerichtlichen Entscheidung zur Gesetzgebungskompetenz für das Glücksspiel in Gaststätten im Hinblick auf den Wortlaut bei verständiger Auslegung einen Rückgriff auf die einfachgesetzliche Defi-

7 VG München, 7.11.2019 – M 16 E 19.5138, juris.

8 BVerwG, 29.6.2021 – 8 B 67/20, 8 B 67/20, juris.

9 BGH, 7.11.2019 – I ZR 42/19, ZfWG 2020, 235 Rn. 10 – Sportwetten in Gaststätten.

10 VGH Baden-Württemberg, 22.4.2014 – 6 S 215/14, ZfWG 2014, 249 zum Trennungsgebot; dazu auch OVG Münster, 18.3.2015 – 4 B 1173/14, ZfWG 2015, 241; VGH Baden-Württemberg, Beschl. v-20.2.2017 – 6 S 916/16, ZfWG 2017, 274; BayVGH, 24.7.2018 – 10 CS 17.1147, ZfWG 2018, 335; allgemein zum Trennungsgebot VerfGH Baden-Württemberg, 2.8.2023 – 1 VB 88/19, 1 VB 95/19, NVwZ 2023, 1497; zum Trennungsgebot in Gaststätten s. Peters, ZfWG 2015, 244.

11 OVG Münster, 18.3.2015 – 4 B 1173/14, ZfWG 2015, 241; Peters, ZfWG 2015, 245.

12 Peters, ZfWG 2015, 245: Landeszuständigkeit für Sportwettenregulierung; keine Thematisierung der Gesetzgebungszuständigkeit in der Rechtsprechung.

13 Reekmann, ZfWG 2015, 106.

14 Degenhart, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021, Art. 74 Rn. 38; Pieroth/Barczak, DÖV 2014, 66 ff.

15 BVerfG, 28.11.2014 – 2 BvR 1561/12, BVerfGE 135, 155 Rn. 3 – Filmabgabe; BVerfG, 7.12.2021 – 2 BvL 2/15, BVerfGE 160, 1 Rn. 52 – Um-schlagsverbot für Kernbrennstoffe.

16 Vgl. Heintzen, BonnK, Art. 70 (2018) Rn. 72 ff.; Degenhart, in: Sachs, Art. 70 Rn. 7.

17 I. d. F. des 42. Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes vom , BGBl. I S. 3146; s. dazu Höfling/Rixen, GewArch 2013, 1, 2 f.

18 Ebenso Szczekalla, BonnK, Art. 74 (2020) Rn. 26; anders Huber/Uhle, Die Sachbereiche der Landesgesetzgebung nach der Föderalismusreform, in: Heintzen/Uhle, Neuere Entwicklungen im Kompetenzrecht, S. 83 ff. (90).

19 Vgl. BVerfG, 10.2.2004 – 2 BvR 834/02, BVerfGE 109, 190, 212 – nachträgliche Sicherungsverwahrung; BVerfG 14.1.2015 – 1 BvR 931/12, BVerfGE 138, 261 Rn. 26 – Thüringer Landeöffnungs-gesetz.

20 Vgl. Höfling/Rixen, GewArch 2013, 1.

inition des § 1 Abs. 1 GastG angezeigt,²¹ die nicht zwingend gleichbedeutend mit dem Begriff der Gaststätte im allgemeinen Sprachgebrauch sein muss.

Das Grundgesetz benennt die Kompetenzmaterien der Art. 73 und 74 in unterschiedlicher Weise: faktisch-deskriptiv oder normativ-rezeptiv.²² Es benennt im ersteren Fall bestimmte Sachbereiche oder Lebenssachverhalte, die sich aus dem allgemeinen Sprachgebrauch erschließen, wie etwa in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG Handel, Bergbau oder Industrie. Derartige Kompetenznormen bezeichnen ihren Gegenstand faktisch-deskriptiv. Häufiger jedoch sind Kompetenznormen, die eine bestimmte Rechtsmaterie benennen – klassisch etwa das Bürgerliche Recht in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG. Sie bezeichnen ihren Gegenstand normativ-rezeptiv: normativ, weil bestimmte Normen oder Normkomplexe bezeichnet werden, rezeptiv, weil diese in die Kompetenznormen aufgenommen, „rezipiert“ werden. Hat der Verfassungsgeber, so das Bundesverfassungsgericht, eine normativ ausgeformte Materie vorgefunden und sie als solche nachvollziehend im Kompetenztitel benannt, ist davon auszugehen, dass die einfachgesetzliche Ausformung in der Regel den Zuweisungsgehalt auch der Kompetenznormen bestimmt.²³ Die Regelungsgeschichte des jeweiligen Normbestandes ist hiernach weniger relevant, wenn die Kompetenzmaterie einen Lebenssachverhalt benennt, und maßgeblicher, wenn die Regelungsmaterie normativ-rezeptiv einen vorgefundenen Normbereich aufgegriffen hat.²⁴

b) *Recht der Gaststätten: normativ-rezeptive Kompetenzzuweisung*

Mit der Föderalismusreform im Jahre 2006 wurde das Recht der Gaststätten insgesamt aus der konkurrierenden Zuständigkeit des Bundes für das Recht der Wirtschaft herausgenommen. Bereits dies spricht dafür, dass die Kompetenzzuweisung an die Länder normativ-rezeptiv zu verstehen, also auf die Materie des Gaststättenrechts zu beziehen ist, wie sie der verfassungsändernde Gesetzgeber anlässlich der Föderalismusreform 2006 vorgefunden hat. Es handelt sich beim Recht der Gaststätten um eine historisch gewachsene Materie,²⁵ dessen Grundzüge bereits im Gaststättengesetz von 1930 angelegt waren und das mit dem Gaststättengesetz 1970²⁶ an die veränderten verfassungsrechtlichen Gegebenheiten angepasst wurde. So betont auch das OVG Koblenz, dass das Gaststättenrecht (anders als das Recht der Spielhallen) historisch gewachsen sei und sich aus Sicht des verfassungsändernden Gesetzgebers als weitgehend abgeschlossener Normkomplex darstellte. Anders als im Spielhallenrecht, für das das Bundesverfassungsgericht eine normativ-rezeptive Bestimmung des Regelungsbereichs allein auf die Bestimmung des § 33 i GewO auch aus systematischen Gründen ablehnte, da bei einer Einzelnorm schwerlich von einem rezipierten Normbereich gesprochen werden könne,²⁷ wurde mit dem Recht der Gaststätten eine normativ umfassender ausgeformte Materie vorgefunden und im Kompetenztitel „nachvollziehend benannt“,²⁸ so dass davon ausgegangen werden kann, dass die einfachgesetzliche Ausformung im GastG auch den Zuweisungsgehalt der Kompetenznorm bestimmt

c) *Wortlaut und Systematik*

Wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber den Begriff „Recht der Gaststätten“ gebraucht, ist schon vom Wortlaut her davon auszugehen, dass er damit das Gaststättenrecht, wie es im GastG kodifiziert war, vor Augen hatte.²⁹ Dies

entspricht auch der Systematik des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und dessen Regelungstechnik, die Kompetenzverlagerung auf die Länder durch explizite Benennung der Kompetenzmaterie als Ausnahme von der konkurrierenden Bundeszuständigkeit für das Recht der Wirtschaft und hier wiederum dem Gewerberecht zu bestimmen. Mit der Verfassungsänderung wurde das Gaststättenrecht als spezifisches Branchenrecht in die Zuständigkeit der Länder überführt, also als Bestandteil des Gewerberechts,³⁰ und damit in der Gestalt, in der es dort seine Ausformung erhalten hatte. Im Gewerberecht waren das Recht des gewerblichen Gewinnspiels in den §§ 33 c – i GewO und das Recht der Gaststätten im GastG des Bundes als jeweils selbständige branchenspezifische Teilbereiche klar voneinander getrennt. Als einen dieser Teilbereiche hat der verfassungsändernde Gesetzgeber letzteres aus dem Gewerberecht ausgegliedert. Wortlautinterpretation und systematische Auslegung sprechen also dafür, dass sich der Kompetenzbegriff des Rechts der Gaststätten nach Inhalt und Struktur des Gaststättenrechts ausrichtet, wie es zum Zeitpunkt der Föderalismusreform Teilbereich des Gewerberechts war, dass demgegenüber das Recht des gewerblichen Gewinnspiels als eigenständiger Teilbereich des Gewerberechts von der Kompetenzverlagerung nicht erfasst wird.

d) *Historische Auslegung – Entstehungsgeschichte*

Die historische Auslegung führt zu keinem anderen Ergebnis, bestätigt vielmehr die Bestimmung der Kompetenzmaterie nach dem GastG des Bundes. Das Bundesverfassungsgericht macht, wie ausgeführt, das Gewicht der historischen Interpretation von der Struktur und Ausformung des Kompetenztitels abhängig und weist ihr besonderes Gewicht zu, wenn die Regelungsmaterie normativ-rezeptiv einen vorgefundenen Normbereich aufgegriffen hat. Dies ist hier der Fall. Der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte sich ersichtlich beim Zuschnitt der Kompetenzmaterie an deren bisherigem einfachrechtlichen Zuschnitt orientieren.³¹

- 21 OVG Koblenz, 9.11.2020 – 6 A 10408/20, ZfWG 2021, 102 unter Verweis auf *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 91; anders *Szczekalla*, BonnK, Art. 74 (2020) Rn. 162, der den Begriff der „Gaststätte“ aus sich heraus verständlich sieht; unklar *Seiler*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Art. 74 Rn. 44.2.
- 22 BVerfG, 10.2.2004 – 2 BvR 834/02, BVerfGE 109, 190, 212 – nachträgliche Sicherungsverwahrung im Anschluss an *Degenhart*, in: Sachs, GG, 3. Aufl. 2002, Art. 70 Rn. 47, vgl. *Sachs*, in: Sachs, GG, 9. Aufl. 2021 Einf. Rn. 41 mit Fn. 124.
- 23 BVerfG, 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12, 1 BvR 1630/12, 1 BvR 1694/13, 1 BvR 1874/13, ZfWG 2017, 253 = BVerfGE 145, 20 Rn. 99 – Spielhallenzulassung – unter Verweis auf BVerfG, 10.2.2004 – 2 BvR 834/02, BVerfGE 109, 190, 218.
- 24 Kennzeichnend BVerfG, 10.3.1976 – 1 BvR 355/67 – BVerfGE 42, 20, 29 – öffentliches Wegeigentum; BVerfG, 19.10.1982 – 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149, 175 Amtshaftung; BVerfG, 8.4.1987 – 2 BvR 909/82 u. a., BVerfGE 75, 108, 146 – Künstlersozialversicherung.
- 25 Vgl. die Darstellung bei *Metzner/Thiel*, GastG, 7. Aufl. 2023, Kap. A.; *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020 Rn 385 ff.
- 26 Vom 5. Mai 1970BGBl. I S. 465.
- 27 BVerfG, 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u. a., ZfWG 2017, 253 = BVerfGE 145, 20 Rn. 105 – Spielhallenzulassung.
- 28 Vgl. für den Ladenschluss BVerfG, 14.1.2015 – 1 BvR 931/12, BVerfGE 138, 261 Rn. 29 – Thüringer Ladenöffnungsgesetz.
- 29 *Höfing/Rixen*, GewArch 2013, 1, 3 f.; s. auch *Huber/Uhle*, in: Heintzen/Uhle, Neuere Entwicklungen im Kompetenzrecht, S. 83 ff., 118.
- 30 *Stober/Eisenmenger*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 18. Aufl. 2023, § 47 Rn. 301.
- 31 Vgl. *Stettner*, in: Dreier, GG II, Supplementum 2007, Art. 74 Rn. 64; *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 7. Aufl. 2018, Art. 74 Rn. 64; *Huber/Uhle*, Die Sachbereiche der Landesgesetzgebung nach der Föderalismusreform, in: Heintzen/Uhle, Neuere Entwicklungen im Kompetenzrecht, S. 83 ff., 118.

Die historisch-genetische Auslegung³² bringt keine zusätzlichen Erkenntnisse. Die Materialien insbesondere sind wenig aussagekräftig. Nach der Begründung zum Gesetzentwurf³³ sollte eine „weitere Stärkung der Landesgesetzgeber“ dadurch erfolgen, „dass Kompetenzen mit besonderem Regionalbezug und solche Materien, die eine bundesgesetzliche Regelung nicht zwingend erfordern, auf die Länder verlagert werden“³⁴ – so der allgemeine Teil der Gesetzesbegründung.³⁵ In der Einzelbegründung zur Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG heißt es lapidar: „Aus der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis für das Recht der Wirtschaft wird das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schausstellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte ausgenommen; es unterfällt damit künftig der ausschließlichen Gesetzgebungsbefugnis der Länder.“³⁶

Wesentliche Intention des verfassungsändernden Gesetzgebers im Rahmen der Föderalismusreform war es dabei, den Ländern Materien zu überlassen, die ausschließlich lokal oder regional verankert, „radiziert“ sind.³⁷ Dies jedenfalls war die Auffassung der Föderalismuskommission, die dann im Gesetzentwurf der Regierungsfractionen vom 17. März 2006 umgesetzt wurde.³⁸

Dieser Regionalbezug – der bei den im Klammerzusatz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG genannten Materien nicht durchweg ohne weiteres erkennbar ist – hat gleichwohl nicht Eingang in den Normtext gefunden.³⁹ Es wäre daher unzulässig, im Wege einer Gegen Ausnahme einzelne Sachbereiche aus den in Länderzuständigkeit überführten Materien wiederum auszugliedern.⁴⁰ Dies bedeutet jedoch nicht, dass Gesichtspunkte des Regionalbezugs nicht bei der Auslegung nach dem Gesetzeszweck herangezogen werden dürften.

Festzuhalten ist jedenfalls im Zwischenergebnis, dass die Kompetenzmaterie des Rechts der Gaststätten normativ-rezeptiv in Anknüpfung an das Gaststättenrecht des GastG aufzufassen ist. Dies darf nicht als Festschreibung der geltenden Rechtslage verstanden werden, gleichsam als Versteinerung. An einer Fortentwicklung der Kompetenzmaterie ist der Gesetzgeber nicht gehindert:⁴¹ „Hat der Verfassungsgeber eine normativ ausgeformte Materie vorgefunden und sie normativ benannt, so bestimmt die einfachgesetzliche Ausformung in der Regel den Zuweisungsgehalt auch der Kompetenznorm. Es wird dann vermutet, dass der Verfassungsgeber sie rezipieren wollte, jedoch nur in ihren Grundstrukturen, so dass der Gesetzgeber an einer Fortentwicklung nicht gehindert ist.“⁴² So ließe sich durchaus erwägen, ob die tradierte Typik der Schank- und Speisewirtschaft verfassungskräftig festgeschrieben ist – etwa im Hinblick auf Internetcafés oder „scheingastronomische“ Betriebe.⁴³

III. Subsumtion

Die Höchstzahl von Geldspielautomaten in Gaststätten ist nach diesen Kriterien dem gewerblichen Spielrecht des Bundes, nicht dem Gaststättenrecht der Länder zuzuordnen. Der Begriff der Gaststätte bzw. des Gaststättengewerbes bestimmt sich entsprechend der normativ-rezeptiven Beschreibung des Kompetenzbereichs nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 1 GastG, wobei der Begriff der Gaststätte an die herkömmlichen Betriebstypen anknüpft, aber entwicklungs offen ist. Das Recht der Gaststätten umfasst hiernach

jedenfalls das Recht der gaststättentypischen gewerblichen Tätigkeiten – entsprechend der Definition im GastG die „Verabreichung“ von zubereiteten Speisen und Getränken. Gegenstand des Gaststättenrechts sind insbesondere die – immer wieder zur Disposition gestellte⁴⁴ – Erlaubnispflicht und weitere Anforderungen an den Gaststättenbetrieb, ausgerichtet am Gesetzeszweck des Schutzes gegenüber gaststättentypischen Gefährdungen traditionell des Alkoholmissbrauchs, des Gesundheitsschutzes der Gäste und Mitarbeiter, des Jugendschutzes. Bereits der Gegenstand der Regelung als maßgebliches Kriterium der Kompetenzqualifikation⁴⁵ spricht gegen die Zuordnung zum Gaststättenrecht. Dagegen spricht weiterhin die Bestimmung des Normadressaten: Die SpielV richtet sich ganz überwiegend unmittelbar an den Automatenaufsteller und allenfalls punktuell in § 3 Abs. 1 Satz 2 SpielV an den Inhaber der Gaststättenerlaubnis als den Gewerbetreibenden, in dessen Betrieb die Geldspielgeräte aufgestellt werden sollen. Entscheidend ist weiterhin der Normzweck; bei der Begrenzung der Anzahl von Spielgeräten in Gaststätten geht es wie auch bei entsprechenden Regelungen für Spielhallen u. ä. um die Eindämmung der Spielsucht; dieser maßgebliche Normzweck trägt auch die Begrenzung der Anzahl der Geldspielgeräte in Gaststätten. Die für die Kompetenzqualifikation vorrangig zu berücksichtigenden Gesichtspunkte sprechen damit für die Zuordnung zur Kompetenzmaterie des gewerblichen Gewinnspiels, für das es auch nach der Föderalismusreform 2022 bei der konkurrierenden Zuständigkeit für Geldspielgeräte als Recht der gewerblichen Wirtschaft geblieben ist.

Damit allerdings ist der Bund noch nicht auf der sicheren Seite. Seit der Föderalismusreform 2006 zählt das Recht der Wirtschaft und damit auch die Kompetenzmaterie der GewO zur Erforderlichkeitsgesetzgebung i. S. v. Art. 72 Abs. 2 GG. Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung im Interesse der Rechts- und Wirtschaftseinheit ist zu bejahen, wenn es um die bundesweit gültige Aufstellerelaubnis nach § 33 c GewO und die Pflichten des Aufstellers bei der Ausübung seines Gewerbes geht, ebenso für Bauartzulassung und Unbedenklichkeitsbescheinigung für

32 Zur Unterscheidung von genetischer und im engeren Sinn historischer Auslegung s. *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 39. Aufl. 2023 Rn. 22 sowie *Degenhart*, Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, 2014 S. 65.

33 BT-Drucks. 16/813.

34 Zur Entstehungsgeschichte eingehend *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 10 ff.

35 BT-Drucks. 16/813, S. 9.

36 BT-Drucks. 16/813 S. 13.

37 Vgl. *Schneider*, GewArch 2009, 265, 343, 347 ff., 349; *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, 2011, S. 14.

38 BT-Drucks. 16/813.

39 *Huber/Uhle*, in; *Heintzen/Uhle*, Neuere Entwicklungen im Kompetenzrecht, S. 83 ff., 118; *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen; s. auch VG München, 7.11.2019 – M 16 E 19.5138, Rn. 48, juris: bloße Motivation.

40 So insbesondere *Heintzen/Uhle*, Neuere Entwicklungen im Kompetenzrecht; anders *Höfling/Rixen*, GewArch 2013, 1 (7); *Szczekalla*, BonnK, Art. 74 (2020) Rn.162.

41 *Degenhart*, in: Sachs, GG, Art. 70 Rn. 53 f.

42 *Degenhart*, bereits in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 70 Rn. 54; im Anschluss BVerfGE 109, 190, 218, vgl. *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, 2011, S. 43.

43 OVG Greifswald, 10.7.2020 – 2 M 119/20, juris.

44 *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020 Rn. 386.

45 *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 39. Aufl. 2023 Rn. 173 f.

Geldspielgeräte nach § 33 d GewO. Für die Bestimmung über die Höchstzahl der in einer Gaststätte aufzustellenden Geräte gilt dies nicht ohne weiteres, doch verweist hierfür etwa VG München zu Recht auf den Zusammenhang mit den unmittelbar gerätebezogenen Regelungen: „Anliegen des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist es aber gerade, einen einheitlichen Wirtschaftsraum, hier für die Automatenwirtschaft, zu schaffen und zu bewahren.“⁴⁶ Es bejaht ein Bedürfnis, die „Aufstellung von Geldspielgeräten im Übrigen betriebs- und ortsübergreifend zu regeln, um Gefahren durch Geldspielgeräte kohärent und effektiv zu begegnen. Dies trägt umso mehr, als die Entscheidung darüber, wo und in welchem Umfang Geräte aufgestellt werden dürfen, maßgeblich auch von der Ausgestaltung der einzelnen Geräte abhängt, für die die Zuständigkeit – unstreitig – beim Bund liegt.“ Im Hinblick darauf wird man auch die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG in der Fassung durch die Föderalismusreform bejahen dürfen, unabhängig davon, ob auf die die gesetzliche Ermächtigung zum Verordnungserlass oder die Verordnung selbst abgestellt wird.

IV. Ergebnisse

Was darf der Bund, was dürfen die Länder?

Der Bundesgesetzgeber ist konkurrierend zuständig für Geldspielgeräte und damit auch für deren Aufstellung in Gaststätten, insbesondere auch deren zulässige Höchstzahl. Der Bund ist weiterhin konkurrierend zuständig für Jugendschutz – insoweit auch für Anwesenheitsbeschränkungen nach dem Muster der §§ 4, 6 JuSchG.

Den Ländern bleibt es unbenommen, das sonstige Glücksspielangebot zu regulieren. Ein Gebot der Trennung von

Sportwettenvertrieb und Geldspielgeräten kann kompetenzgerecht erlassen werden, denn wenn die Länder unstreitig für die Regulierung des Sportwettensektors einschließlich des diesbezüglichen Vertriebssystems zuständig sind, erfasst dies auch die nähere Bestimmung der Rahmenbedingungen des Vertriebs und damit auch ein Verbot der Verknüpfung mit der Vermarktung anderer Glücksspielarten, selbst wenn diese im Einzelfall noch in die bundesrechtliche Regelungskompetenz fallen. Ob und unter welchen Voraussetzungen in Gaststätten Wettvermittlungstellen eingerichtet werden können, ist nach Maßgabe des § 21 a GlüStV vom Landesgesetzgeber zu entscheiden.⁴⁷

Summary

Under the 2006 federalism reform, the law governing gaming arcades and pubs became the exclusive responsibility of the federal states (the „Länder“), while the law governing commercial gambling remained under competing legislation. This gives rise to questions of delimitation, for example with regard to the number of gambling machines in all kind of restaurants. The law governing restaurants as a concept of competence is to be determined normatively-receptively. Accordingly, the federal legislation has concurrent responsibility for gambling machines inns, pubs or restaurants, as well as for the protection of minors, while the states (the „Länder“) are responsible for regulating other gambling services in restaurants.

⁴⁶ VG München, 7.11.2019 – M 16 E 19,5138 Rdn. 49, juris, unter Verweis auf *Pieroth/Lammers*, GewArch 2012, 1, 4.

⁴⁷ BayLT Drs. 18/11128 S. 136.

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel, Augsburg*

Fun-Games als regulatorischer Störkörper

Plädoyer für eine Verschärfung des Straf- bzw. Sanktionenrechts

Das Aufstellen und der Betrieb sogenannter Fun-Games-Automaten werfen die größten regulatorischen Probleme auf, die sich gegenwärtig im Bereich des stationären Glücksspiels stellen. Gleichzeitig begründen gerade diese Automaten Gefahren für die Spieler, die jene der lizenzierten und hochgradig regulierten legalen Spielautomaten um ein Vielfaches übersteigen.

I. Strukturell bedingte Kontrolldefizite und Risiken

1. Problembeschreibung

Die regulatorischen Probleme speisen sich aus dem Umstand, dass Fun-Games-Automaten einen äußeren Anschein erwecken, der ihre wahre Natur und die sich daraus ableitenden glücksspiel- und strafrechtlichen Konsequenzen planmäßig verschleiert. Dadurch führen sie ordnungsbehördliche Kontrollen in die Irre und erschweren die Verfolgung von Straftaten bzw. machen diese von Zufällen abhängig. Denn die Anwendung des § 284 StGB (unerlaub-

te Veranstaltung eines Glücksspiels) setzt voraus, dass ein Glücksspiel veranstaltet wird, bei dem ein ungewisses Ereignis, dessen Eintritt wesentlich vom Zufall abhängt, über den Gewinn eines Vorteils entscheidet.¹ Fun-Games-Automaten vermitteln hingegen den Eindruck, sie böten ein Unterhaltungsspiel an, obgleich sehr häufig ein Glücksspiel veranstaltet wird. Dieser Täuschungseffekt beruht auf einem technisch leicht umzusetzenden Vorgehen. Einerseits ähneln die betreffenden Geräte in der Regel erlaubten Geldspielgeräten i. S. d. § 33 c Abs. 1 GewO in Bezug auf

* Dem Text liegt sowohl ein Vortrag auf dem 9. Glücksspielrechtstag als auch ein Rechtsgutachten zugrunde, das der Bayerische Automatenverband e. V. und der Fachverband Gastronomie-Aufstellunternehmer e. V. bei dem Autor in Auftrag gegeben haben. Der Autor gibt ausschließlich seine persönliche Meinung wieder. Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

¹ Vgl. BGHSt 34, 171, 175 f.; *Heine/Hecker*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, StGB § 284 Rn. 8; *Gaede*, in: NK-StGB, 5. Aufl. 2017, StGB § 284 Rn. 7; *Hohmann/Schreiner*, in: MüKo StGB, StGB, 4. Aufl. 2022, StGB § 284 Rn. 11.