

Editorial

Vergangenheitsbewältigung mit Folgen?

Im Windschatten der Chargeback-Klagen, mit denen Spieler ihre Verluste aus der Teilnahme an unerlaubtem (Online-)Glücksspiel vom Anbieter zurückfordern, ist ein längst geklärt geglaubtes Feld in Bewegung gekommen: Mit dem Vorabentscheidungsverfahren in der Rs. European Lotto and Betting u. a. (C-440/23) ist die Frage der Unionsrechtskonformität zentraler Regelungsinstrumente des GlüStV 2012 lange nach seinem Außerkrafttreten nun doch noch vor den EuGH gelangt.

Schon der Weg nach Luxemburg war ungewöhnlich: Das Vorabentscheidungsersuchen stammt – obwohl das Ausgangsverfahren Rückzahlungsansprüche eines in Deutschland ansässigen Spielers aus der Teilnahme an Online-Automatenspielen und Online-Zweitlotterien eines nur in Malta zugelassenen Anbieters betrifft – nicht von einem deutschen Gericht, sondern vom Maltesischen Civil Court. Formalrechtlich ist dies möglich. Denn nach dem Unionssekundärrecht hat der Spieler ein Wahlrecht, ob er in dem Mitgliedstaat, in dem er ansässig ist, oder im Herkunftsland des Glücksspielanbieters Klage erhebt. Dass ein Spieler – bzw. im konkreten Fall der Zessionar einer vom Spieler abgetretenen Forderung – den Mehraufwand der letzteren Variante auf sich nimmt, ist indes bemerkenswert, zumal sich die Bewertung der Rückforderungsansprüche in der Sache nach deutschem Recht richtet, das dann die auswärtigen maltesischen Gerichte zur Anwendung zu bringen haben. Noch ungewöhnlicher dürfte es sein, dass die Beteiligten *gemeinsam* die Vorlagefragen vorschlagen, wie dies offenbar im hiesigen Verfahren der Fall war.

In der Sache ist das Vorabentscheidungsersuchen ebenfalls bemerkenswert. Denn es adressiert mit dem Internetverbot des § 4 Abs. 4 GlüStV 2012 für Online-Automatenspiele und Zweitlotterien in wesentlichen Teilen Fallkonstellationen des deutschen Glücksspielrechts, deren Unionsrechtskonformität geklärt schien. Das gilt zumal für das – mit dem GlüStV 2021 ohnehin nicht mehr fortgeltende – generelle Verbot von Online-Automatenspielen. Gewiss sieht das Unionsrecht die Anwendung mitgliedstaatlichen Rechts

durch die Gerichte eines anderen Mitgliedstaats durchaus vor; gleichwohl erfordert gerade das grenzüberschreitende justizielle Tätigwerden doch eine tiefergehende Analyse der zur Anwendung zu bringenden auswärtigen Rechtsordnung. Die Wiedergabe des Vorbringens des beklagten Glücksspielanbieters, ohne die einschlägige Rechtsprechung der deutschen Höchstgerichte und deren ausführliche Befassung mit den relevanten unionsrechtlichen Vorgaben näher zu rezipieren, genügt dem kaum. Auch die Darstellung der tatsächlichen und rechtlichen Ausgangslage



durch das vorlegende Gericht erscheint unterkomplex, etwa wenn apodiktisch von einer „Allgegenwärtigkeit“ von Spielautomaten in Deutschland gesprochen wird, ohne die Zulassungsanforderungen an Geldspielgeräte oder die strikten Regulierungsvorgaben für Spielhallen und Spielbanken näher zu erwähnen. Gleiches gilt, wenn ohne tragfähige Begründung das Fehlen wissenschaftlicher Belege für die mit dem Internetverbot adressierte Gefahrenlage unterstellt wird. Ebenso erscheinen die im Vorabentscheidungsbeschluss zum Aus-

druck kommenden Erwägungen zum Kanalisierungsauftrag des staatsvertraglichen Regelungsregimes differenzierungsbedürftig. All dies ist zumal vor dem Hintergrund nicht unproblematisch, dass der EuGH die Bewertungen des Vorlagegerichts zur tatsächlichen Ausgangslage und innerstaatlichen Rechtslage regelmäßig nicht in Frage stellt. Gleichwohl ist aus deutscher Sicht dafür Sorge zu tragen, dass der EuGH seine Entscheidung auf Grundlage zutreffender Kenntnis über die Sach- und Rechtslage treffen kann. Immerhin betreffen die Fragestellungen zum Verbot von Online-Automatenspielen ausschließlich die retrospektive Aufarbeitung der früheren Rechtslage und spezifische Probleme der Vorwirkung des neuen Regulierungsmodells; beides dürfte keine unmittelbaren Rückwirkungen auf die unionsrechtliche Bewertung des GlüStV 2021 haben.

Brisanter ist der zweite Themenkomplex des Vorlageverfahrens, der die Regulierung von Zweitlotterien betrifft.

Denn diese sind auch nach dem GlüStV 2021 nicht erlaubnisfähig, während die Veranstaltung großer Lotterien weiterhin dem Staatsmonopol unterliegt. Etwaige Kohärenzdefizite im GlüStV 2012 könnten damit womöglich auf die derzeit geltende Regulierungslage zurückwirken. Letztlich bietet das Vorabentscheidungsersuchen aber keine belastbaren Anhaltspunkte für eine solche Inkohärenz. Es verweist lediglich auf das für den Teilnehmer ähnliche Spielerlebnis bei Lotterien und Zweitlotterien, weshalb ein „identischer Dienst“ vorliege, ohne dabei die strukturellen Unterschiede zwischen Lotterien und – als Wetten einzuordnenden – Zweitlotterien sowie die hieraus folgenden unterschiedlichen Gefährdungslagen hinreichend zu berücksichtigen. Erst recht geht der Verweis auf die Notwendigkeit einer Anerkennung der maltesischen Erlaubnisse

für Zweitlotterien in Deutschland nach st. Rspr. des EuGH erkennbar ins Leere.

Insgesamt spricht damit viel dafür, dass die mit dem Vorabentscheidungsverfahren geöffnete Tür zur unionsgerichtlichen Prüfung des GlüStV 2012 keine tiefgehenden Auswirkungen auf das Regulierungskonzept des GlüStV 2021 haben wird. Gleichwohl wird die Bundesrepublik Deutschland dafür Sorge tragen müssen, dass das komplizierte Regelungskonzept in Luxemburg zutreffend kommuniziert wird. Insofern wäre Sorglosigkeit keine adäquate Reaktion.

Sascha D. Peters, Düsseldorf*

* Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

Aufsätze

Prof. Dr. Friedhelm Hufen, Mainz*

Formen und Notwendigkeit staatlicher Eingriffe in Märkte

Das Glücksspiel bietet heute ein exemplarisches Beispiel für eine fortschreitende Entwicklung vom freiheitlichen Rechtsstaat zum paternalistischen Sozialstaat. Weit über die unbestrittenen Aufgaben von Jugendschutz und Suchtprävention hinaus geraten die Grundrechte der Beteiligten und das Verhältnismäßigkeitsprinzip dabei aus dem Blick. Der Beitrag zeigt die verfassungsrechtlichen Grenzen einer solchen Entwicklung auf.

I. Das Problem: Eingriff in Märkte und Bevormundung des Individuums

Lassen Sie mich mit einem Zitat beginnen, das die meisten von Ihnen sicherlich kennen:

„Aufgabe des folgenden Vertragswerks ist es, den ‚natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen‘ zu lenken“¹

Dieser Satz steht als Hauptziel im Glücksspielstaatsvertrag, und die Verfasser und Anwender scheinen gar nicht mehr zu merken, welch ungeheure Anmaßung in ihm liegt. Es geht hier nicht etwa nur um Kinder, Jugendliche oder sonst Schutzbedürftige. Nein, es geht darum, den Spieltrieb von Millionen erwachsener Menschen „in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken“.

Ich weiß nicht, wie es Ihnen geht, aber ich wurde schon immer äußerst rebellisch, wenn irgendwer oder gar der Staat meine Triebe in irgendwelche Bahnen lenken wollte. Deshalb haben Sie sicher Verständnis, wenn ich das mir vorgegebene Thema „Formen und Notwendigkeit staatlicher Eingriffe in Märkte“ ergänze und vor allem nach den verfassungsrechtlichen Grenzen solcher Eingriffe frage. Die Notwendigkeit staatlicher Eingriffe erhält dann –

wie in der Grundrechtsprüfung üblich – ihren Stellenwert im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Das so ergänzte Thema ist dringlich, höchst aktuell und weist in seiner Bedeutung weit über das Glücksspielrecht hinaus. Triebe und Wünsche erwachsener Menschen in geordnete Bahnen zu lenken, machen sich täglich ganze Heere ernannter, selbsternannter und unerkannter Sicherheits- und Gesundheitsbeauftragter auf². Der moderne Sozialstaat vergesellschaftet die Risiken des Lebens und verschafft sich damit die Legitimation, mit immer neuen Verboten und wenigstens Beeinflussungen und Belehrungen in das Privatleben der Bürger einzugreifen³. Vieles ist schon erreicht: Gesundheit wird vom privaten zum öffentlichen Gut (Public Health)⁴. Uralte Kulturtraditionen im Umfeld von Spielen, Rauchen, Trinken und Naschen werden als tendenziell gefährlich bekämpft. Wenn schon kein Verbot, dann wenigstens Werbeverbote für vorgeblich ungesunde Lebensmittel, abschreckende Bilder und Warnungen (modern: „nudging“⁵), Anreize und Erregung von schlechtem Gewis-

* Es handelt sich um einen Vortrag, den der Autor bei der Jahrestagung des Instituts für Glücksspiel und Gesellschaft – Bochumer Gespräch zu Glücksspiel und Gesellschaft 2023 gehalten hat. Die Vortragsfassung wurde beibehalten. Auf Seite III erfahren Sie mehr über den Autor.

- 1 So wörtlich § 1 Ziff. 2 des Glücksspielstaatsvertrags i. d. F. des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags (EGlSpÄV) (2012).
- 2 Beispiele bei Volkmann, *Darf der Staat seine Bürger erziehen?* (2012).
- 3 Eberbach, *MedR* 2014, 449 ff.; Marckman, *Präventionsmaßnahmen im Spannungsfeld zwischen individueller Autonomie und allgemeinem Wohl*. *EthikMed* (2010), 207 ff.; zu den Verbotsforderungen der Deutschen Diabetes-Gesellschaft: Garlich, *FAZ* 16.5.2012, S. M2.
- 4 Buyx/Huster, *EthikMed* 2010, 175–177; Eberbach, *MedR* 2010, 756 ff.
- 5 Grundlegend Johanna Wolff, *Anreize im Recht 2021*; Holle, *ZLR* 2016, 596. Hufen, *Nudging – oder: Wohin und wie weit darf der Staat seine Bürger schubsen?* *FS. Schmidt-Preuß* (2018), 99.; Hufen, *JuS* 2020, 193. Huster/Reimann, *VSSAr* 3/2020, 267 ff.