

**Das Glückspielkollegium –
eine verfassungswidrige Kooperation zwischen den Ländern**

Rechtsgutachten

Prof. Dr. Gregor Kirchhof, LL. M.

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Finanzrecht und Steuerrecht
Universität Augsburg

Inhaltsverzeichnis

I. Zusammenfassung in zehn Thesen.....	3
II. Das Glückspielkollegium	8
1. Entscheidungsbefugnisse und Zusammensetzung.....	8
2. Zuständigkeiten – unbestimmte Rechtsbegriffe, weite Ermessensräume	10
III. Besonderheiten – vorbildlose Kooperation zwischen den Ländern	16
1. Rechtserhebliche Unterschiede zu anderen länderübergreifenden Kooperationen	16
2. Gesetzgebungskompetenzen	18
3. Strukturell grundrechtssensibler Bereich	19
4. Besondere verfassungsrechtliche Fragen	20
IV. Verfassungsrechtliche Grenzen länderübergreifender Kooperationen – Maßstab.....	22
1. Die Länderkooperation im Bundesstaat – eine Selbstverständlichkeit	22
2. ‚Unter- und Übermaß‘ der Zusammenarbeit zwischen den Ländern	23
3. Demokratisches Legitimationsniveau	24
4. Wege demokratischer Legitimation	26
a) Funktionelle und institutionelle Legitimation, Parlamentsvorbehalt	27
b) Personelle Legitimation.....	28
c) Sachlich-inhaltliche Legitimation.....	28
d) Verbindungen	30
5. Verantwortungszurechnung	31
6. Verfassungsrechtliche Vorgaben für Länderkooperationen.....	33
V. Das Glückspielkollegium verletzt das Grundgesetz – Subsumtion.....	37
1. Die Frage nach der demokratischen Legitimation des Glückspielkollegiums	37
2. Parlamentsvorbehalt – Zustimmung von 16 Landesparlamenten	38
3. Unzulässig verselbstständigte Länderkooperationen	38
4. Fehlende effektive Aufsicht – das Demokratieprinzip wird verletzt.....	40
5. Weitere demokratische und rechtsstaatliche Defizite	44
a) Glückspielkollegium und handelnde Behörde	44
b) Anhörung.....	46
c) Rechtsweg.....	47
d) Verantwortungsteilung und Verantwortungszurechnung	48
VI. Verfassungswidrigkeit der gesamten Entscheidungsstrukturen – Rechtsfolgen	50
VII. Das Glückspielkollegium verletzt das Grundgesetz – Ergebnisse	53

I. Zusammenfassung in zehn Thesen

1. Die Bundesländer haben den Glückspielstaatsvertrag geschlossen, um das Glückspiel bundeseinheitlich zu regeln. Seinem Anspruch nach soll der Vertrag die Spielsucht bekämpfen, die Jugend und Spieler schützen, das Glückspiel insgesamt in geordnete und überwachte Bahnen lenken und ein ausreichendes Glückspielangebot sicherstellen. Glückspiele werden von öffentlichen und von privaten Händen angeboten. Für verschiedene Formen und Anbieter des Glückspiels nutzt der Glückspielstaatsvertrag unterschiedliche verwaltungsrechtliche Instrumente, insbesondere Verbote mit Erlaubnisvorbehalt, Konzessionen und verbindliche Richtlinien zulässiger Werbung. Ein neu geschaffenes Gremium trifft die maßgeblichen Entscheidungen: das Glückspielkollegium. Das Kollegium besteht aus 16 Mitgliedern. Jedes Bundesland hat einen Sitz. Das Kollegium entscheidet verbindlich mit Zweidrittelmehrheit. Die Entscheidungen werden von verschiedenen Glückspielaufsichtsbehörden der Länder vollzogen. Die Beschlüsse des Kollegiums sind für die Landesbehörden bindend. Das Mehrheitserfordernis im Glückspielkollegium und die geregelten, auf die Länder und das Kollegium verteilten Zuständigkeiten sind an den verfassungsrechtlichen Maßstäben des Demokratieprinzips und des Rechtsstaats zu messen.

2. Das Glückspielkollegium ist eine vorbildlose Institution, die durch vier Eigenarten gekennzeichnet ist. Dem Kollegium wurden weite Entscheidungsräume auf Tatbestandsebene und Rechtsfolgenseite eröffnet. Es steht – zweitens – auf einer geteilten Kompetenzgrundlage, die in der Kompetenz des Sicherheitsrechts und in der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Rechts der Wirtschaft gründet. Auch als Folge dieser Kompetenzgrundlagen unterscheidet sich das Glückspielkollegium – drittens – rechtserheblich von länderübergreifenden Institutionen im Rundfunk- und Medienrecht oder bei der Vergabe von Studienplätzen. Das Kollegium handelt nicht in einem von Verfassungs wegen staatsfreien Raum, in dem Gremien plural, mit speziellem Sachverstand zu besetzen sind, oder in einem Bereich, in dem die Chancengleichheit detaillierte Vorgaben setzt. Es wendet nicht Kultusrecht, sondern Sicherheits- und Wirtschaftsrecht an. Das Glückspielkollegium trifft – viertens – verbindliche

Beschlüsse in einem strukturell grundrechtssensiblen Bereich, weil insbesondere durch Entscheidungen über Erlaubnisse und kontingentierte Konzessionen die Berufsfreiheit erheblich – auf der zweiten und dritten Stufe – betroffen ist. Diese Besonderheiten stehen unmittelbaren verfassungsrechtlichen Rückschlüssen für andere Kooperationen zwischen den Ländern oder sonstigen Verallgemeinerungen der verfassungsrechtlichen Prüfung des Kollegiums strukturell entgegen.

3. Die Zusammenarbeit zwischen den Ländern ist im Bundesstaat eine Selbstverständlichkeit, zuweilen unumgänglich. Das Grundgesetz setzt der intraföderalen Koordination allgemeine und besondere Grenzen, ein ‚Über-‘ und ein ‚Untermaß‘. Den Ländern ist es verwehrt, die Zusammenarbeit generell zu unterlassen oder zu verweigern (‚Untermaß‘). Die unterschiedlichen Formen der Kooperation dürfen nicht einzeln oder in ihrem Zusammenwirken dazu führen, dass die Substanz der Länder ausgehöhlt wird (‚Übermaß‘). Schließlich darf die Zusammenarbeit nicht unzulässig verselbstständigt, dürfen keine zwischen Bund und Ländern liegende Rechtssubjekte geschaffen werden, die für alle Länder mit Mehrheitsbeschlüssen verbindlich entscheiden und nach außen – in Konkurrenz zum Bund – auftreten. Diese Grenze ist verfassungsrechtlich vorgegeben, in der Praxis aber schwer zu ziehen. Ohnehin ist sie mit dem demokratisch geforderten Legitimationsniveau und dem Verfassungsgebot der klaren Verantwortungszurechnung eng verbunden. Diese Maßstäbe haben klarere Konturen. Sie rücken in den Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Erörterung.

4. Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt (Art. 20 Abs. 2, Art. 28 Abs. 1 GG). Volk im Sinne des Demokratieprinzips und damit das Legitimationssubjekt ist das jeweilige Bundes- oder Landesvolk. Alle Staatsgewalt rechtfertigt sich durch das Volk und muss sich in einer ununterbrochenen Legitimationskette auf das Volk zurückführen lassen. Die unterschiedenen Formen der demokratischen Legitimation – die institutionelle, funktionelle, sachlich-inhaltliche und personelle Legitimation – haben nicht je für sich Bedeutung, sondern nur in ihrem Zusammenwirken. Das Demokratieprinzip schreibt nicht bestimmte Legitimationsformen vor, sondern ein für die jeweilige staatliche Tätigkeit

angemessenes Legitimationsniveau. Werden der öffentlichen Gewalt – wie durch das Glückspielrecht – weite Entscheidungsräume eröffnet und handelt sie in grundrechtssensiblen Bereichen, erhöht sich das notwendige Maß demokratischer Legitimation. In diesen Fällen fordert die sachlich-inhaltliche Legitimation in der Regel eine effektive Aufsicht.

5. In Verbindung mit diesen Vorgaben steht der Parlamentsvorbehalt, nach dem die Volksvertretung die wesentlichen Entscheidungen trifft, zu Grundrechtseingriffen ermächtigt. Der Gesetzgeber hat einen Gestaltungsraum, wie er einen Träger öffentlicher Gewalt legitimiert, inwieweit sich Legitimationsstränge ergänzen oder ersetzen. Das Demokratieprinzip fordert schließlich, die Verantwortung für ein staatliches Handeln einem Träger öffentlicher Gewalt klar zuzurechnen. Der Bürger muss wissen können, wen er wofür verantwortlich machen kann.

6. Diese anerkannten verfassungsrechtlichen Maßstäbe wurden im Verhältnis des Bundes zu den Ländern und Kommunen und an Hand von verfassungsrechtlichen Prüfungen entwickelt, inwieweit besondere, von der staatlichen Verwaltung gelöste Entscheidungsträger geschaffen werden dürfen. Das Glückspielkollegium löst nicht solche Entscheidungsträger aus dem staatlichen Verbund und verschiebt auch nicht Kompetenzen zwischen Bund, Ländern und Gemeinden. Das Kollegium stellt vielmehr die verfassungsrechtliche Frage, inwieweit und auf welche Art und Weise die Länder innerhalb ihrer Kompetenzbereiche zusammenarbeiten dürfen. Die demokratischen Maßstäbe müssen für länderübergreifende Kooperationen, für die verfassungsrechtliche Prüfung des Kollegiums, bereichsspezifisch angewandt werden.

7. Das Glückspielkollegium entscheidet verbindlich mit Zweidrittelmehrheit. Auf Grund dieses Mehrheitserfordernisses findet eine effektive Rechts- und Fachaufsicht über das Kollegium nicht statt. Die Aufsicht wird jeweils durch ein Land durchgeführt, bezieht sich auf den jeweiligen Vertreter dieses Landes. Das Land kann im Kollegium aber überstimmt werden, die Entscheidungen des Kollegiums folglich nicht verlässlich beeinflussen. Die nach außen handelnden Landesbehörden sind an die Beschlüsse des Kollegiums gebunden. Eine fach- oder rechtsaufsichtliche Kontrolle der Landesbehörden hat daher keinen maßgeblichen Einfluss auf das Glückspielkollegium. Das Demokratieprinzip

verlangt aber in grundrechtssensiblen Bereichen, in denen der Verwaltung weite Entscheidungsräume eröffnet werden, in der Regel eine effektive Aufsicht über den Entscheidungsträger. Die Aufsicht führt die getroffenen Vollzugsentscheidungen sachlich-inhaltlich auf das jeweilige Landesvolk zurück. Besondere Gründe für einen weisungsfreien Raum oder eine zurückgenommene Weisungskompetenz wie etwa im Prüfungswesen, bei verwaltungsinternen Kontrollinstanzen, mit Blick auf eine Neutralität, Staatsferne oder bestimmte Entscheidungssituationen wie im Jugend- oder Datenschutz bestehen für das Glückspielwesen nicht. Vielmehr sind die demokratischen Aufsichtserfordernisse erhöht, weil das Kollegium eben in einem strukturell grundrechtssensiblen Bereich mit weiten Entscheidungsräumen verbindlich entscheidet. Das Glückspielkollegium erreicht auf Grund der fehlenden effektiven Aufsicht das geforderte Legitimationsniveau nicht. Das Demokratieprinzip wird verletzt.

8. Die Länder haben sich für eine Kooperation im Glückspielrecht entschieden. Dieser Entschluss für eine intraföderale Kooperation verlangt die Mehrheitsentscheidungen im Kollegium nicht, vermag das so bewirkte demokratische Legitimationsdefizit nicht zu rechtfertigen. Die im Glückspielwesen erhöhten demokratischen Legitimationserfordernisse stehen den Mehrheitsentscheidungen entgegen. Daher wird mit guten Gründen gefordert, das Glückspielkollegium solle seine Beschlüsse einstimmig treffen. Die Erläuterungen zum Glückspielstaatsvertrag betonen aber zu Recht, dass Glückspiele über die Ländergrenzen hinweg angeboten und wahrgenommen werden, es länderübergreifender Regelungen bedarf. Das deshalb geschaffene Glückspielkollegium müsse – so fahren die Erläuterungen fort – handlungsfähig sein, zeitnah und daher mit einer Zweidrittelmehrheit beschließen, könne nicht einstimmig entscheiden. Müsste das Kollegium einstimmige Beschlüsse treffen, würde ein Gremium geschaffen, das seine Aufgaben nicht sachgerecht erfüllt. Der demokratische Rechtsstaat, der Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) verlangen aber eine handlungsfähige öffentliche Hand. Eine Auslegung oder eine Verwaltungspraxis, die das Mehrheitserfordernis in eine Einstimmigkeitsvorgabe umdeuten, würden daher – auch unabhängig von der dann überschrittenen Wortlautgrenze – keinen verfassungskonformen Zustand bewirken.

9. Der Glückspielstaatsvertrag bezeichnet das Glückspielkollegium „als Organ“ der jeweils zuständigen Landesbehörde, obwohl die Behörde die verbindlichen Entscheidungen des Kollegiums vollzieht. Der Vertrag trifft hier eine missverständliche Regelung. Das rechtliche Gehör wird im Verwaltungsverfahren durch die Landesbehörde gewährt, obwohl das Glückspielkollegium verbindlich entscheidet. Das Grundgesetz drängt demgegenüber in einem grundrechts-sensiblen Bereich wie dem Glückspielrecht auf eine unmittelbare Anhörung. Im gerichtlichen Verfahren ist das Land passivlegitimiert, dessen Behörde gehandelt hat, obwohl dieses die richterlichen Entscheidungen allein nicht umzusetzen vermag, weil es im Glückspielkollegium überstimmt werden kann. Gerichte verschiedener Bundesländer treffen maßgebliche Entscheidungen, Rechtsprechungsdivergenzen können auftreten. Grundlage für die Entscheidungen des Kollegiums sind Rechtsauffassungen von unterschiedlichen Landesbehörden, die ebenfalls erhebliche Unterschiede aufweisen können. Die Landesbehörden vollziehen die Entscheidungen des Glückspielkollegiums, können Anordnungen im Einzelfall mit Wirkung für alle Länder treffen. Diese, zum Teil verworrenen Regelungen führen zu Rechtsauffassungen und Verantwortlichkeiten, die über die Länder verteilt sind und sich maßgeblich unterscheiden können. Der demokratische Rechtsstaat fordert klarere Regelungen und Verantwortlichkeiten, auch insoweit eine Reform des Glückspielrechts.

10. Das Glückspielkollegium verletzt das Grundgesetz. Die Landesbehörden müssen nach dem Glückspielstaatsvertrag die Entscheidungen eines verfassungswidrigen Gremiums vollziehen. Entscheidung und Vollzug können in dieser Verfassungsverletzung nicht getrennt werden. Der Verfassungsverstoß erstreckt sich auf Grund dieser Verflechtung auf die Maßnahmen der Landesbehörden in den Bereichen des Glückspielwesens, in denen das Glückspielkollegium entscheidet. Die gesamten Entscheidungsstrukturen in diesen Teilen des Glückspielrechts verletzen das Grundgesetz. Das Glückspielkollegium ist von Verfassungs wegen abzuschaffen oder strukturell neu zu regeln. Das Glückspielrecht ist zeitnah durch eine umfassende Reform in das Maß des Grundgesetzes zu führen.

II. Das Glücksspielkollegium

1. Entscheidungsbefugnisse und Zusammensetzung

Die Bundesländer haben den Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag)¹ geschlossen, um das Glücksspiel bundesweit einheitlich zu regeln. Der Vertrag wird von den Ländern vollzogen.² Seinem Anspruch nach soll er die Spielsucht bekämpfen, Spieler und die Jugend schützen, das Glücksspiel insgesamt in geordnete und überwachte Bahnen lenken³ und ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherstellen.⁴ Glücksspiele – Lotterien, Sportwetten oder Angebote in Spielhallen⁵ – werden von öffentlichen und von privaten Händen angeboten. Für verschiedene Formen und Anbieter des Glücksspiels sieht der Vertrag unterschiedliche Regelungen vor, in dem Anliegen, so den jeweiligen „Sucht-, Betrugs-, Manipulations- und Kriminalitätsgefährdungspotentialen Rechnung zu tragen.“⁶ Der Vertrag regelt verschiedene verwaltungsrechtliche Instrumente, um seine Ziele zu erreichen, insbesondere Erlaubnisse und Konzessionen⁷ sowie verbindliche Richtlinien für die zulässige Werbung.⁸

¹ In der Fassung des Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland – Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag (BayGVBl. 2012, 318; im Folgenden: GlüStV).

² Art. 30 GG.

³ Der Vertrag soll verhindern, dass Spielsucht und Wettsucht entstehen, die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung in diesem Bereich schaffen, das Glücksspiel in geordnete und überwachte Bahnen lenken und der Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen entgegenwirken, Jugend- und Spielerschutz gewährleisten, sicherstellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß durchgeführt werden und der Integrität des sportlichen Wettbewerbs dienen (§ 1 GlüStV).

⁴ § 10 Abs. 1 GlüStV.

⁵ Ein Glücksspiel liegt vor, wenn im Rahmen eines Spiels für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt (§ 3 Abs. 1 S. 1 GlüStV); siehe i. d. Z. zu den Änderungen durch den neuen Glücksspielstaatsvertrag *Dietlein*, in: ders./Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Auflage 2013, Einführung, Rn. 1.

⁶ § 1 S. 2 GlüStV; siehe zu diesem Verständnis der unterschiedlichen Gefährdungspotentiale *Dietlein/Hüsken*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Auflage 2013, § 1 Rn. 5.

⁷ Siehe hierfür § 9a Abs. 1 und 2, § 19 Abs. 2, § 27 Abs. 2 GlüStV.

⁸ § 5 Abs. 4 GlüStV, § 6 der Verwaltungsvereinbarung vom 23. Mai 2012 über die Zusammenarbeit der Länder bei der Glücksspielaufsicht nach § 9 Abs. 3, die ländereinheitlichen Verfahren

Über Erlaubnisse, Konzessionen und die genannten Richtlinien entscheidet das neu geschaffene Glücksspielkollegium. Das Kollegium besteht aus 16 Mitgliedern. Jedes Bundesland benennt durch seine oberste Glücksspielaufsichtsbehörde je ein Mitglied sowie dessen Vertreter.⁹ Das Glücksspielkollegium fasst seine Beschlüsse mit einer Mehrheit von mindestens zwei Dritteln der Stimmen seiner Mitglieder.¹⁰

Die Verfahren des Kollegiums sind nicht öffentlich.¹¹ Die Beschlüsse sind zu begründen.¹² Das Kollegium wird durch zwei Expertengremien, einen Fachbeirat und einen Sportbeirat, deren Mitglieder Erfahrung und Fachwissen in den jeweiligen Bereichen mitbringen, unterstützt.¹³ Gegenüber dem Bürger tritt das Gremium nicht unmittelbar auf. Vielmehr wird je nach Entscheidung die Glücksspielaufsichtsbehörde eines Landes – von Nordrhein-Westfalen, Baden-Württemberg, Hessen, Rheinland-Pfalz, Hamburg oder Niedersachsen – für alle Länder tätig.¹⁴ Die Behörden üben in den Worten des Glücksspielstaatsvertrages gegenüber den Erlaubnis- und Konzessionsnehmern die Aufgaben der Glücksspielaufsicht mit Wirkung für alle Länder aus. Sie können – so fährt der Vertrag fort¹⁵ – die erforderlichen Anordnungen im Einzelfall erlassen und nach ihrem jeweiligen Landesrecht vollstrecken sowie dazu Amtshandlungen in andern Ländern vornehmen. Die Beschlüsse des Glücksspielkollegiums sind für die jeweils handelnde Behörde bindend. Die handelnde Behörde hat sie „innerhalb der von dem Glücksspielkollegium gesetzten Frist zu vollziehen.“¹⁶

Die Entscheidungen des Glücksspielkollegiums können in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht durch eine sog. „Prüfgruppe“, die aus fünf Mitarbeitern der Glücksspielaufsichtsbehörden besteht, vorbereitet werden.¹⁷ Zudem können die

nach § 9a und die Einrichtung des Fachbeirats nach § 10 Abs. 1 Satz 1 Glücksspielstaatsvertrag – Verwaltungsvereinbarung Glücksspielstaatsvertrag (im Folgenden: VwVGlüStV).

⁹ § 9a Abs. 6 GlüStV; § 2 Abs. 1 VwVGlüStV. Die Geschäftsstelle dieses Gremiums liegt im Land Hessen (§ 9a Abs. 7 S. 1 GlüStV; siehe hierzu §§ 17 f. VwVGlüStV.).

¹⁰ § 9a Abs. 8 S. 1 GlüStV; siehe für die Werberichtlinien § 6 Abs. 2 S. 2 VwVGlüStV.

¹¹ § 2 Abs. 4 VwVGlüStV.

¹² § 9a Abs. 8 S. 2 u. 3 GlüStV; siehe für die Werberichtlinie § 6 Abs. 2 S. 3 VwVGlüStV.

¹³ §§ 8 ff., insbes. § 9 und § 16 VwVGlüStV.

¹⁴ § 9a Abs. 1 u. 2, § 19 Abs. 2, § 9a Abs. 5 S. 2 GlüStV.

¹⁵ § 9a Abs. 3 GlüStV.

¹⁶ § 9a Abs. 8 S. 4 GlüStV.

¹⁷ § 2 Abs. 5 VwVGlüStV.

zuständigen Glückspielaufsichtsbehörden eingehende Erlaubnis- und Konzessionsanträge zunächst selbst prüfen und sodann mit einer vorläufigen Bewertung einen Entscheidungsvorschlag vorlegen oder die Geschäftsstelle des Glückspielkollegiums¹⁸ damit beauftragen.¹⁹ Die verbindliche Entscheidung trifft aber das Kollegium.

2. Zuständigkeiten – unbestimmte Rechtsbegriffe, weite Ermessensräume

Dem Glückspielkollegium obliegen gem. § 1 der Verwaltungsvereinbarung zum Glückspielstaatsvertrag²⁰ die abschließenden Beurteilungen aller Anträge auf Erlaubnisse und Konzessionen in den ländereinheitlichen Verfahren (§ 9a Abs. 1 und 2 GlüStV) und in den gebündelten Verfahren nach § 19 Abs. 2 GlüStV sowie aller Fragen der Glückspielaufsicht nach § 9a Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 GlüStV von nicht unerheblicher Bedeutung. Das Glückspielkollegium erarbeitet – so fährt § 1 VwVGlüStV fort – die Richtlinien, die Art und Umfang der erlaubten Werbung konkretisieren.²¹ Das Kollegium entscheidet hiernach in folgenden Fällen abschließend.²² Ihm werden dabei erhebliche Entscheidungsräume eröffnet.

▪ Grundsätzlich werden Glücksspiele von der öffentlichen Hand veranstaltet.²³ Der Glückspielstaatsvertrag regelt Ausnahmen von diesem Grundsatz. Privaten Unternehmen kann gem. § 10 Abs. 6 GlüStV die Veranstaltung von bestimmten Lotterien und Ausspielungen unter näher geregelten Voraussetzungen erlaubt werden.²⁴ Gem. § 9a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 GlüStV entscheidet das Glückspielkollegium über eine solche Erlaubnis, wenn die Lotterie in einem einheitlichen länderübergreifenden Spielplan in allen Ländern veranstaltet werden soll.²⁵ Die Glückspielaufsichtsbehörde des Landes Rheinland-Pfalz erteilt die Erlaubnis für

¹⁸ § 9a Abs. 7 S. 1 GlüStV.

¹⁹ § 5 Abs. 3 VwVGlüStV.

²⁰ Siehe Fn. 8.

²¹ § 5 Abs. 4 GlüStV, § 6 VwVGlüStV.

²² Siehe hierzu die Übersicht in den Erläuterungen des Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrages zum Glückspielwesen in Deutschland, S. 33 (zitiert nach Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 15/1570, S. 80).

²³ § 10 Abs. 1, 2 u. 6 GlüStV.

²⁴ §§ 12 ff. GlüStV.

²⁵ § 12 Abs. 3 GlüStV.

alle Länder. Die Lotterie darf den Zielen des Glücksspielstaatsvertrages nicht zuwiderlaufen. Insbesondere sind die Vorgaben des Jugendschutzes zu befolgen.²⁶ Der Veranstalter muss bestimmte Voraussetzungen erfüllen, insbesondere zuverlässig sein.²⁷ Sodann müssen der Spielplan, die Kalkulation und die Durchführung der Veranstaltung sowie die Verwendung des Reinertrags bestimmte Vorgaben folgen.²⁸ Schließlich darf – neben anderen Voraussetzungen²⁹ – durch die Veranstaltung selbst oder durch die Verwirklichung des Veranstaltungszwecks oder die Verwendung des Reinertrags die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht gefährdet oder die Beziehung der Bundesrepublik Deutschland zu anderen Staaten nicht beeinträchtigt werden.³⁰

Das Veranstalten und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet sind zwar grundsätzlich verboten (§ 4 Abs. 4 GlüStV). Hiervon können aber unter bestimmten Voraussetzungen für Glücksspiele und auch für die genannten Lotterien Ausnahmen zugelassen werden. Insbesondere sind die speziellen Vorgaben des Minderjährigen- und Spielerschutzes zu beachten.³¹ Der Minderjährigenschutz muss durch Identifizierung und Authentifizierung gewährleistet sein, ein monatlicher Höchsteinsatz je Spieler von in der Regel 1.000,00 Euro garantiert werden, besondere Suchtanreize durch schnelle Wiederholung sind auszuschließen und ein den besonderen Bedingungen des Internets angepasstes Sozialkonzept ist zu entwickeln, einzusetzen und zu evaluieren.³² Zudem sind Berichtspflichten über die Zahl der Spieler und die Höhe der Umsätze zu beachten.³³

Insbesondere in den Tatbestandsvoraussetzungen der Zuverlässigkeit, der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung und der Beeinträchtigung der zwischenstaatlichen Beziehungen werden unbestimmte Rechtsbegriffe mit einem erheblichen Konkretisierungsbedarf verwendet. Diese muss das Glücksspielkollegium anwenden.

²⁶ § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 13 Abs. 1, § 4 Abs. 2 und 3 GlüStV.

²⁷ § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 14 GlüStV.

²⁸ § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 15 f. GlüStV

²⁹ Siehe insgesamt § 12, insbesondere § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GlüStV

³⁰ § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GlüStV.

³¹ § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 13 Abs. 1 GlüStV i. V. m. § 4 Abs. 5 und Abs. 6 GlüStV.

³² § 4 Abs. 5 GlüStV.

³³ § 4 Abs. 6 GlüStV.

▪ Eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz, dass Glücksspiele von der öffentlichen Hand veranstaltet werden, regelt § 10a GlüStV in der sog. Experimentierklausel für Sportwetten. Sportwetten dürfen für einen Zeitraum von sieben Jahren von privaten Anbietern mit einer Konzession veranstaltet werden.³⁴ Der Glücksspielstaatsvertrag will so die anvisierten Ziele – Kampf gegen Spielsucht, Schutz der Spieler und Jugend, allgemeine Regulierung des Glücksspiels, Sicherstellung eines angemessenen Glücksspielangebots³⁵ – besser erreichen und den Kampf gegen den Schwarzmarkt erproben.³⁶ Die Höchstzahl der Konzessionen ist auf 20 festgelegt.³⁷ Die Konzession gibt dem Konzessionsnehmer abweichend von dem im Glücksspielstaatsvertrag geregelten Verbot³⁸ das Recht, Sportwetten im Internet zu veranstalten und zu vermitteln. Die Vorgaben der § 4 Abs. 5 und Abs. 6 GlüStV (s. o.) sind – so fährt § 10a Abs. 4 GlüStV fort – zu wahren. Durch Inhalts- und Nebenbestimmungen ist insgesamt sicherzustellen, dass die Konzessionsvoraussetzungen und die nach dem Staatsvertrag bestehenden und im Angebot übernommenen Pflichten dauerhaft eingehalten werden.³⁹ Die Konzession darf nur erteilt werden, wenn der Konzessionsnehmer erweiternde Zuverlässigkeitsvoraussetzungen erfüllt, seine Leistungsfähigkeit auch mit Blick auf erforderliche Sicherheitsleitungen und notwendige Versicherungen gewährleistet und die Transparenz und Sicherheit des Glücksspiels gewährleistet ist.⁴⁰ Die Konzession erteilt die Glücksspielaufsichtsbehörde des Landes Hessen. Die maßgebliche Entscheidung trifft das Glücksspielkollegium (§ 9a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Alt. 1 GlüStV). Die unbestimmten Rechtsbegriffe der erweiterten Zuverlässigkeit, der Leistungsfähigkeit und mit Blick auf die Transparenz und Sicherheit des Glücksspiels sind in besonderer Weise konkretisierungsbedürftig. Hinzu tritt, dass das Glücksspielkollegium die erforderlichen Inhalts- und Nebenbestimmungen festzulegen hat. Dem Kollegium wird ein weiterer Entscheidungsraum eröffnet.

³⁴ § 10a Abs. 1 und Abs. 2, §§ 4a bis 4e GlüStV

³⁵ § 1 GlüStV.

³⁶ § 10a Abs. 1 GlüStV.

³⁷ § 10a Abs. 3 GlüStV.

³⁸ § 4 Abs. 4 GlüStV.

³⁹ § 10a Abs. 4, § 4c Abs. 2 GlüStV.

⁴⁰ § 4a Abs. 4 GlüStV.

▪ Werbung für öffentliches Glücksspiel im Fernsehen, im Internet sowie über Telekommunikationsanlagen ist grundsätzlich verboten. Davon abweichend können die Länder zur besseren Erreichung der Ziele des Glücksspielstaatsvertrags⁴¹ Werbung für Lotterien sowie Sport- und Pferdewetten im Internet und im Fernsehen erlauben.⁴² Die Erlaubnis erteilt für alle Länder die Glücksspielaufsichtsbehörde des Landes Nordrhein-Westfalen (§ 9a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GlüStV). Die Entscheidung über die Erlaubnis trifft das Glücksspielkollegium. Zu beachten ist, dass sich die Werbung nicht an Minderjährige oder vergleichbar gefährdete Zielgruppen richten darf und irreführende Werbung für öffentliches Glücksspiel, insbesondere solche, die unzutreffende Aussagen über die Gewinnchancen oder Art und Höhe der Gewinne enthält, verboten ist.⁴³ Das Kollegium hat bei der Entscheidung ein Ermessensmaß, das an den Zielen des Glücksspielstaatsvertrages⁴⁴ auszurichten ist. Die Mittel, wie diese Ziele verfolgt werden können, sind vielfältig. Die Einschätzung, wann ein Mittel den genannten Zielen dient, kann durchaus anspruchsvoll sein. Hinzu treten unbestimmte Rechtsbegriffe. Das Kollegium muss daher erhebliche Konkretisierungsleistungen erbringen und Ermessensentscheidungen treffen.

▪ Klassenlotterien dürfen nur von einer allen Vertragsländern gemeinsam getragenen Anstalt des öffentlichen Rechts veranstaltet werden (§ 10 Abs. 3 GlüStV). Der Anstalt sowie deren Lotterie-Einnehmern wird gem. § 9a Abs. 1 GlüStV eine Erlaubnis von der zuständigen Glücksspielaufsichtsbehörde des Landes, in dessen Gebiet die Anstalt ihren Sitz hat, für das Gebiet aller Länder erteilt (Freie und Hansestadt Hamburg). Die Entscheidung über die Erlaubnis trifft das Glücksspielkollegium.

▪ Die Länder haben gem. § 10 Abs. 1 GlüStV ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherstellen, um die Ziele des Glücksspielstaatsvertrages⁴⁵ zu erreichen. Gem. § 10 Abs. 2 GlüStV können sie auf gesetzlicher Grundlage diese Aufgabe durch eine gemeinsam geführte Anstalt erfüllen. Auch über diese Erlaubnis

⁴¹ § 1 GlüStV; siehe unter 1.

⁴² § 5 Abs. 3 GlüStV.

⁴³ § 5 Abs. 1 bis 3 GlüStV.

⁴⁴ § 1 GlüStV; siehe unter 1.

⁴⁵ § 1 GlüStV; siehe unter 1.

beschließt das Glückspielkollegium, die sodann die Glückspielaufsichtsbehörde des Landes Baden-Württemberg erteilt (§ 9a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GlüStV).

- Zudem entscheidet das Kollegium über die Erlaubnis von gewerblichen Spielvermittlern, die in allen oder mehreren Ländern tätig werden.⁴⁶ Die Erlaubnisse werden von der zuständigen Glückspielaufsichtsbehörde des Landes Niedersachsen erteilt.⁴⁷

- Eine Entscheidung in erheblicher Eigenständigkeit muss das Glückspielkollegium sodann treffen, wenn es über die Richtlinien zur Konkretisierung der Vorgaben für die Werbung beschließt.⁴⁸

- Das Veranstanen und das Vermitteln öffentlicher Glücksspiele im Internet ist grundsätzlich verboten (§ 4 Abs. 4 GlüStV, s. o.). Abweichend hiervon können – neben Lotterien und Sportwetten – auch erlaubte⁴⁹ Pferdewetten im Internet unter bestimmten, insbesondere in § 4 Abs. 5 GlüStV geregelten Voraussetzungen (s. o.) veranstaltet oder vermittelt werden.⁵⁰ Über die Erlaubnisse entscheidet das Glückspielkollegium. Erteilt werden sie von der Glückspielaufsichtsbehörde des Landes Hessen (§ 9a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Alt. 2 GlüStV). Das Kollegium muss auch hier unbestimmte Rechtsbegriffe wie ein „angepasstes Sozialkonzept“ konkretisieren und sein Ermessen im Lichte der geregelten Voraussetzungen ausüben. Dem Gremium wird insoweit erneut auf Ebene des Tatbestands und auf Rechtsfolgende ein weiter Entscheidungsraum eröffnet.

- Das Glückspielkollegium entscheidet über regulierende Maßnahmen, wenn unerlaubte Glücksspiele in mehr als einem Land angeboten werden. Unmittelbar gegenüber den Betroffenen wird hier die Glückspielaufsichtsbehörde des Landes Niedersachsen tätig (§ 9a Abs. 2 S. 2 GlüStV). Die jeweils zuständigen Landesbehörden üben die Aufgaben der Glückspielaufsicht mit Wirkung für alle Länder aus; sie können die erforderlichen Anordnungen im Einzelfall erlassen und nach ihrem jeweiligen Landesrecht vollstrecken sowie dazu Amtshandlungen in anderen Ländern vornehmen (§ 9a Abs. 3 S. 1, § 9 Abs. 1 GlüStV). Die

⁴⁶ § 19 Abs. 2 GlüStV, § 1 VwVGlüStV.

⁴⁷ § 19 Abs. 2 GlüStV.

⁴⁸ §§ 1, 6 VwVGlüStV, § 5 Abs. 3 GlüStV.

⁴⁹ § 27 Abs. 1 GlüStV.

⁵⁰ § 27 Abs. 2 GlüStV.

maßgeblichen bindenden Beschlüsse von nicht unerheblicher Bedeutung trifft das Glückspielkollegium (§ 1 VwGlüStV). Auch in den Fällen des § 9a Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 GlüStV wird dem Kollegium jeweils ein weiter Entscheidungsraum eröffnet.

Das Glückspielkollegium hat unbestimmte Rechtsbegriffe anzuwenden, die u. a. im Rahmen der Prüfung der erweiterten Zuverlässigkeit, der Transparenz, des angepassten Sozialkonzepts, einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung sowie einer Beeinträchtigung der zwischenstaatlichen Beziehungen einen erheblichen Konkretisierungsbedarf haben. Das Gremium verantwortet die Werberichtlinien, in denen die Vorgaben zulässiger Werbung konkretisiert werden. Hinzu treten Einschätzungen, ob den Zielen des Vertrages gefolgt wird. Schließlich entscheidet das Kollegium über erforderliche Inhalts- und Nebenbestimmungen. Dem Glückspielkollegium wird insgesamt ein sehr weiter Entscheidungsraum auf der Tatbestandsebene und der Rechtsfolgenseite eröffnet.

III. Besonderheiten – vorbildlose Kooperation zwischen den Ländern

Nach den Erläuterungen des Ersten Änderungsvertrags zum Glückspielstaatsvertrag soll durch das Glückspielkollegium „eine einheitliche Beurteilung nur ländereinheitlich zu treffender Entscheidungen“ ermöglicht werden. „Diese Lösung bildet“ – so fahren die Erläuterungen fort – „das Modell der Kommission für Jugendmedienschutz nach dem Jugendmedienschutz-Staatsvertrag und der Kommission für Zulassung und Aufsicht nach dem Rundfunkstaatsvertrag nach.“⁵¹ Das Kollegium unterscheidet sich aber rechtserheblich von diesen Kommissionen. Es ist eine vorbildlose Institution,⁵² weil es auf einer gemischten Kompetenzgrundlage des Sicherheits- und Wirtschaftsrecht steht, keine speziellen Entscheidungssituationen, die von Verfassungen wegen einer Staatsferne verlangen, bestehen und weil es in einem strukturell grundrechtssensiblen Bereich verbindliche Mehrheitsentscheidungen trifft.

1. Rechtserhebliche Unterschiede zu anderen länderübergreifenden Kooperationen

Das Rundfunk- und Medienrecht weist erhebliche Eigenarten und Unterschiede im Vergleich zur Glückspielregulierung auf. Die Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) und die Kommission für Zulassung und Aufsicht (ZAK) unterscheiden sich rechtserheblich vom Glückspielkollegium.

⁵¹ Erläuterungen des Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrages zum Glückspielwesen in Deutschland, S. 33 f., insbes. 34 (zitiert nach Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 15/1570, S. 80 f., insbes. 81); *Oldag*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Auflage 2013, § 9a Rn. 2.

⁵² *Würtenberger*, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit des Glückspielkollegiums vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen der Dritten Ebene im Bundesstaat, 2014 (http://www.deutscherlottoverband.de/uploads/media/Rechtsgutachten_zur_Verfassungswidrigkeit_des_Gluecksspielkollegiums_vor_dem_Hintergrund_der_verfassungsrechtlichen_Grenzen_der_Dritten_Ebene_im_Bundesstaat_AKTU.pdf; Abruf: 22.5.2015), spricht zu Recht davon, dass die Zusammenarbeit zwischen den Ländern durch das Glückspielkollegium in einer „bislang nicht bekannten Art und Weise“ erfolgt (S. 4), dass eine zuvor unbekannte hybride Konstruktion geschaffen wurde (S. 25), die einmalig sei (S. 55); *Jarass*, Ausgestaltung und Anwendung der Erlaubnis für die Lotterievermittlung, ZfWG, 2013, S. 1 (5), verweist auf ein „Novum im deutschen Recht“.

Die grundrechtliche Gewährleistung der Rundfunkfreiheit fordert einen staatsfreien Bereich, in dem Gremien zur Sicherung der Vielfalt plural besetzt sind,⁵³ die Rechtsaufsicht beschränkt, die Fachaufsicht ausgeschlossen, der staatliche Einflussbereich zur Sicherung der Rundfunkfreiheit zurückgenommen ist.⁵⁴ Demgegenüber entscheidet das Glückspielkollegium in einer staatlichen Sicherheits- und Wirtschaftsverwaltung, in dem Freiheiten beschränkt werden. Das Kollegium ist kein Gremium, das aus Gründen des Sachverständes und mit Blick auf eine gesellschaftliche Repräsentanz in besonderer Weise zusammengesetzt ist. Es bestehen keine speziellen Entscheidungssituationen, die von Verfassungs wegen eine Staatsferne verlangen.⁵⁵

Das Glückspielkollegium unterscheidet sich auch von der Zentralstelle für die Vermittlung von Studienplätzen und der Stiftung für Hochschulzulassung. Die Chancengleichheit fordert bei der Hochschulzulassung bundeseinheitliche, hinreichend detaillierte Regelungen.⁵⁶ Die entscheidenden Instanzen handeln in einem von der Verfassung weitgehend geprägten Raum. Sie haben nicht Entscheidungsräume, die in ihrer Weite mit dem des Glückspielkollegiums vergleichbar wäre.⁵⁷

⁵³ Jüngst BVerfG, Urteil vom 25.3.2014 – 1 BvF 1/11, 1 BvF 4/11, NVwZ 2014, 867 (868 ff. m. w. H.) – ZDF-Staatsvertrag.

⁵⁴ Insgesamt *Degenhart*, Rechtsfragen des länder einheitlichen Verfahrens nach dem Entwurf eines Ersten Staatvertrags zur Änderung des Staatsvertrages zum Glückspielwesen in Deutschland, Rechtsgutachten, 2011, S. 26 f. (http://www.deutscherlottoverband.de/uploads/media/Degenhart_-_Gluecksspielkollegium.pdf; Abruf: 22.5.2015); *Württemberg*, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit des Glückspielkollegiums vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen der Dritten Ebene im Bundesstaat, 2014, insbes. S. 40 ff.; jeweils m. w. H.

⁵⁵ Siehe zu den rechtserheblichen Unterschieden *Württemberg*, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit des Glückspielkollegiums vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen der Dritten Ebene im Bundesstaat, 2014, S. 16 ff., 40 ff.; *Degenhart*, Rechtsfragen des länder einheitlichen Verfahrens nach dem Entwurf eines Ersten Staatvertrags zur Änderung des Staatsvertrages zum Glückspielwesen in Deutschland, Rechtsgutachten, 2011, S. 28 f., auch zur fehlenden Vergleichbarkeit mit dem ZDF; jeweils m. w. H.

⁵⁶ BVerfGE 33, 303 (353 ff.) – numerus clausus I; 42, 103 (114 ff.) – Staatvertrag über die Vergabe von Studienplätzen; siehe auch BVerfGE 43, 291 ff. – numerus clausus II; OVG Münster, Beschluss vom 21.12.2010 – 13 B 1557/10, NVwZ-RR 2011, 408 (409 ff.) – Vergabe von Studienplätzen; *Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR VI, 3. Auflage 2008, § 126 Rn. 43 f.; *Württemberg*, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit des Glückspielkollegiums vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen der Dritten Ebene im Bundesstaat, 2014, S. 14 f.; *Degenhart*, Rechtsfragen des länder einheitlichen Verfahrens nach dem Entwurf eines Ersten Staatvertrags zur Änderung des Staatsvertrages zum Glückspielwesen in Deutschland, Rechtsgutachten, 2011, S. 30.

⁵⁷ Siehe hierzu unter II. 2.

Die verfassungsrechtliche Erörterung des Glückspielkollegiums unterscheidet sich daher rechtserheblich von der Prüfung anderer Länderkooperationen im Bereich des Rundfunk- und Medienrechts oder bei der Vergabe von Studienplätzen. Diese Eigenarten des Glückspielwesens stehen unmittelbaren Rückschlüssen für andere Kooperationen zwischen den Ländern oder sonstigen Verallgemeinerungen der verfassungsrechtlichen Ergebnisse strukturell entgegen.

2. Gesetzgebungskompetenzen

Das Glückspielwesen haben die Länder in einem Staatsvertrag geregelt.⁵⁸ Doch bestehen Unsicherheiten über die einschlägige gesetzliche Grundlage. Die Regelung der Spielbanken wird der sicherheitsrechtlichen Regelungskompetenz der Länder zugewiesen – mit der Folge, dass die Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nicht greift.⁵⁹ Das Recht der Sportwetten wurde zunächst ebenfalls als Sicherheitsrecht der Länder verstanden. Sodann hat das Bundesverfassungsgericht jedoch entschieden, dass der Bund diesen Bereich gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG regeln könne.⁶⁰ Diese Entscheidung wurde zum Anlass genommen, auch das Recht der Spielbanken, aber insbesondere das Lotteriewesen als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung zu verstehen. Andere betonen eine eigene sicherheitsrechtliche Kompetenz der Länder in beiden Bereichen.⁶¹ Das Recht der Pferdewetten wird überwiegend unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gefasst.⁶² Die Regelung von Spielhallen nimmt Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ausdrücklich aus der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Rechts der Wirtschaft; über die Reichweite dieser Ausnahme besteht aber keine

⁵⁸ Siehe oben unter III. am Anfang und Fn. 1.

⁵⁹ *Dietlein*, in: ders./Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Auflage 2013, Einführung, Rn. 9 m. w. H.

⁶⁰ BVerfGE 115, 276 (304) – Sportwetten; *Dietlein*, in: ders./Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Auflage 2013, Einführung, Rn. 10 m. w. H.

⁶¹ Insgesamt *Dietlein*, in: ders./Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Auflage 2013, Einführung, Rn. 11 m. w. H. auf die Diskussion.

⁶² Teilweise wird auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 17 GG (Förderung der land- und forstwirtschaftlichen Erzeugung) herangezogen; insgesamt *Dietlein*, in: ders./Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Auflage 2013, Einführung, Rn. 12 m. w. H.

Einigkeit.⁶³ Das gewerbliche Automatenspiel wird demgegenüber von vielen Stimmen dem Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) zugeordnet.⁶⁴

Anders als bei Länderkooperationen etwa im Kultus- oder Sicherheitsbereich baut die länderübergreifende Zusammenarbeit im Glückspielwesen also nicht auf eine einheitliche, den Ländern zugewiesene Kompetenz, sondern auf unterschiedliche Kompetenzgrundlagen. Der Bund hat im Kompetenzbereich des Rechts der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) gem. Art. 72 Abs. 2 GG das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Unter den Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG kann der Bund in den Bereichen des Glückspielwesens, die unter Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG fallen, folglich bundeseinheitliche Regelungen erlassen. Hierin liegt kein Verbot der länderübergreifenden Koordination. Doch können Begründungen, die eine bundeseinheitliche Regelung im betroffenen Bereich der Wirtschaft rechtfertigen, gem. Art. 72 Abs. 2 GG das Gesetzgebungsrecht des Bundes eröffnen.

3. Strukturell grundrechtssensibler Bereich

Werden Private durch oder auf Grund des Glückspielstaatsvertrages in ihrer Freiheitsentfaltung beschränkt, ist in aller Regel die Berufsfreiheit betroffen.⁶⁵ Bei der Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit werden seit dem Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts drei „Stufen“ unterschieden. „Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen. Die Freiheit

⁶³ *Dietlein*, in: ders./Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Auflage 2013, Einführung, Rn. 13 m. w. H.

⁶⁴ *Dietlein*, in: ders./Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Auflage 2013, Einführung, Rn. 14 m. w. H.

⁶⁵ Siehe zu zahlreichen Bestimmungen des Glückspielstaatsvertrags BVerfG, Beschluss vom 14.10.2008 – 1 BvR 928/08, NVwZ 2008 1338 (1339) – Internetvermittlung von Lotterierprodukten; punktuell: BVerfG, Beschluss vom 20.3.2009 – 1 BvR 2410/08, NVwZ 2009, 1221 (1223) – Neuregelung des Glückspielwesens; BVerfG, Beschluss vom 10.11.2008 – 1 BvR 2783/06 NVwZ 2009, 295 (296) – Vermittlung von Sportwetten; BVerfGE 115, 276 (300 f.) – Sportwetten; insgesamt *Dietlein*, in: ders./Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Auflage 2013, Einführung, Rn. 15 ff. m. w. H.

der Berufswahl darf dagegen nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger („überragender“) Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert“ (subjektive Zulassungsvoraussetzungen). An den Nachweis der Notwendigkeit objektiver Zulassungsvoraussetzungen „sind besonders strenge Anforderungen zu stellen; im Allgemeinen wird nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ diese Maßnahmen rechtfertigen können.⁶⁶

Diese anerkannten Hürden einer gestuften Verhältnismäßigkeit berufsbeeinträchtigender Maßnahmen⁶⁷ werden im Bereich des Glückspielrechts zwar hinterfragt.⁶⁸ Objektive Zulassungsvoraussetzungen müssen aber nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch wichtige Gemeinwohlbelange gerechtfertigt sein, den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz strikt beachten und rechtsstaatliche Konsistenzgebote befolgen.⁶⁹ Diese Rechtsprechung bestätigt, dass das Glückspielrecht in erheblichem Umfang, regelmäßig auf der zweiten oder dritten Stufe in das Grundrecht der Berufsfreiheit eingreift. Das Glückspielkollegium entscheidet über in der Zahl beschränkte Konzessionen, über Erlaubnisse, über zulässige Werbung, über regulierende Maßnahmen, wenn Glücksspiele in mehr als einem Land angeboten werden, auch über Maßnahmen der Glückspielaufsicht.⁷⁰ Das Kollegium trifft verbindliche Entscheidungen, die regelmäßig die Berufsfreiheit auf der zweiten oder dritten Stufe betreffen. Das Glückspielkollegium fasst bindende Beschlüsse in einem strukturell grundrechtssensiblen Bereich.

4. Besondere verfassungsrechtliche Fragen

Das Glückspielkollegium zeichnet hinsichtlich des kompetenzrechtlichen Ausgangspunktes, der Entscheidungssituation, des Entscheidungsraums, der

⁶⁶ BVerfGE 7, 377 (405, 408) – Apothekenurteil.

⁶⁷ *Mann*, in: Sachs, GG, 7. Auflage 2014, Art. 12 Rn. 125 ff. m. w. H. auch auf die kritischen Stimmen (Rn. 152 ff.).

⁶⁸ Siehe hierzu die Übersicht bei *Dietlein*, in: ders./Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Auflage 2013, Einführung, Rn. 16 ff. m. w. H.

⁶⁹ BVerfGE 102, 197 (215) – Spielbanken; 115, 276 (303 f.) – Sportwetten; BVerfG, Beschluss vom 14.10.2008 – 1 BvR 928/08, NVwZ 2008, 1338 (1340) – Internetvermittlung von Lotterierprodukten.

⁷⁰ Siehe unter II. 2.

Grundrechtsintensität und insgesamt der verfassungsrechtlichen Fragen Besonderheiten, die diesen Bereich der Zusammenarbeit zwischen den Ländern von anderen Kooperationsformen⁷¹ rechtserheblich unterscheidet. Dem Kollegium stehen erhebliche Entscheidungsräume offen.⁷² Es trifft verbindliche Beschlüsse in grundrechtssensiblen Bereichen.⁷³ Die Beschlüsse werden von unterschiedlichen Landesbehörden nach dem jeweiligen Landesrecht mit Wirkung für alle Bundesländer vollzogen. Das Kollegium entscheidet mit einer Zweidrittelmehrheit.⁷⁴ Diese Besonderheiten und insbesondere das Mehrheitserfordernis haben Folgen für die Rechts- und Fachaufsicht. Zwar können die Länder dem von ihnen gesandten Mitglied im Glückspielkollegium Weisungen erteilen. Wird aber ein Land überstimmt, sind diese Weisungen nicht erfolgreich. Die nach außen handelnden Landesbehörden sind an die Beschlüsse des Kollegiums gebunden. Eine landesinterne fach- oder rechtsaufsichtliche Kontrolle der Behörde greift somit ins Leere.

Verfassungsrechtlich ist daher zu fragen, ob dieses System der Rechts- und Fachaufsicht das notwendige demokratische Legitimationsniveau verletzt, ob das Zusammenwirken von Kollegium und Landesbehörden die demokratische und rechtsstaatliche Vorgabe der klaren Verantwortungszurechnung missachtet. Mit Blick auf den verfassungsrechtlichen Maßstab ist zu erörtern, welche demokratischen Vorgaben für länderübergreifende Kooperationen gelten, ob die Zusammenarbeit zwischen den Ländern den demokratischen Maßstab modifiziert.

⁷¹ Siehe für eine Übersicht *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, HStR VI, 3. Auflage 2008, § 141 Rn. 21 ff., sowie Fn. 73 m. w. H.

⁷² Siehe unter II. 2.

⁷³ Siehe unter 3.

⁷⁴ Siehe insges. unter II. 1.

IV. Verfassungsrechtliche Grenzen länderübergreifender Kooperationen – Maßstab

1. Die Länderkooperation im Bundesstaat – eine Selbstverständlichkeit

Kooperationen zwischen den Ländern sind im Bundesstaat selbstverständlich,⁷⁵ bewirken in zahlreichen Fällen sachgerechte Lösungen eines Problems.⁷⁶ Das Grundgesetz verbietet länderübergreifende Zusammenarbeiten nicht, regelt vielmehr bestimmte Kooperationen ausdrücklich.⁷⁷ Viele Landesverfassungen kennen spezielle Regelungen über den Abschluss von Staatsverträgen.⁷⁸ Je nach Sachgebiet und Problem sind unterschiedliche Formen der Zusammenarbeit denkbar. Sie reichen von der informellen Zusammenarbeit, über Konferenzen und Ausschüsse bis hin zu vertraglichen Regelungen und Kompetenzübertragungen. Konkret werden Fachminister- und Ministerpräsidentenkonferenzen eingerichtet, Gesetzgebungsbeschlüsse abgestimmt und Staatsverträge oder Verwaltungsvereinbarungen geschlossen, um parallele Entscheidungen des Gesetzgebers oder der Verwaltung zu bewirken oder Zuständigkeiten einem Land oder einer neu geschaffenen länderübergreifenden Institution zur gemeinsamen Ausübung zu übertragen.⁷⁹

⁷⁵ *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, HStR VI, 3. Auflage 2008, § 141 Rn. 20.

⁷⁶ *Vofßkuhle*, Glückspiel zwischen Staat und Markt, VerwArch 87 (1996), S. 395 (425 f.), der von einem erheblichen Koordinationsbedarf zwischen den Ländern spricht; *Hesse*, Der unitarische Bundesstaat, 1962, S. 21.

⁷⁷ Art. 91 a ff. GG; siehe insgesamt *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, HStR VI, 3. Auflage 2008, § 141 Rn. 25 ff. m. w. H.

⁷⁸ Art. 50 S. 2 BWVerf.; Art. 72 Abs. 2 und Art. 181 f. BayVerf.; Art. 43 S. 2 und 3 HmbVerf.; Art. 103 Abs. 2 HesVerf.; Art. 35 Abs. 2 NdsVerf.; Art. 66 S. 2 NRWVerf.; Art. 101 S. 2 RPVerf.; Art. 95 Abs. 2 S. 1 SaarlVerf.; Art. 69 Abs. 2 LSAVerf.; Art. 30 Abs. 2 SchlHVerf.

⁷⁹ Insgesamt *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, HStR VI, 3. Auflage 2008, § 141 Rn. 31 ff.; *Pietzcker*, Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat. Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, in: Starck (Hg.), Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat, 1988, S. 17 (20 ff.); *Würtenberger*, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit des Glückspielkollegiums vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen der Dritten Ebene im Bundesstaat, 2014, S. 9 ff.; *Feuchte*, Die bundesstaatliche Zusammenarbeit in der Verfassungswirklichkeit der Bundesrepublik Deutschland, AöR 98 (1973), S. 473 (475 ff.); eine Übersicht über neuere Staatsverträge liefert *Schladebach*, Staatsverträge zwischen Ländern, VerwArch. 98 (2007), S. 238 (255 ff.); in einer historisch zurückgreifenden Perspektive *H. Schneider*, Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat, VVDStRL 19 (1961), S. 1 (2 ff.).

2. ‚Unter- und Übermaß‘ der Zusammenarbeit zwischen den Ländern

Das Grundgesetz setzt der intraföderalen Koordination allgemeine und besondere Grenzen.⁸⁰ Zunächst darf die Kooperation im Bundesstaat nicht generell verweigert und unterlassen werden, weil sie nicht nur selbstverständlich, sondern zuweilen unerlässlich ist.⁸¹ Neben dieses ‚Untermaß‘ tritt ein verfassungsrechtliches ‚Übermaß‘ länderübergreifender Kooperation. Die unterschiedlichen Formen der Zusammenarbeit dürfen einzeln und in ihrem Zusammenwirken nicht dazu führen, dass die Substanz der Länder ausgehöhlt wird.⁸² Eine solche Kumulationswirkung ist für das Glückspielkollegium nicht auszumachen, weil sich seine weitgehenden Zuständigkeiten auf das Glückspielwesen beschränken. Eine Kumulation würde – wenn die verfassungsrechtlichen Vorgaben im Übrigen eingehalten würden – ohnehin nicht dazu führen, dass das Glückspielkollegium abzuschaffen wäre. Vielmehr läge es im Entscheidungsraum der Länder, welche Kooperation zurückgenommen wird, um die Substanz der Länder wiederherzustellen.⁸³

Das Grundgesetz weist die Ausübung der staatlichen Befugnisse entweder dem Bund oder den Länder zu. „Tertium non datur.“⁸⁴ Länderkooperationen dürfen daher kein unzulässig verselbstständigtes Rechtssubjekt schaffen, das für alle Länder verbindlich handelt, nach außen auftritt und dem Bund Konkurrenz macht.⁸⁵ Bewusst werden zahlreichen Konferenzen und Ausschüsse der intraföderalen Zusammenarbeit daher nicht als Rechtssubjekte konstituiert. Zwar haben sie einen in Teilen nicht unerheblichen politischen Einfluss. Doch können sie gegenüber Dritten „keine Rechte erwerben und keine Verbindlichkeiten

⁸⁰ *F. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig/u.a., GG, 54. Lfg. 2009, Art. 83 Rn. 84.

⁸¹ *K.-P. Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Band 2, 6. Auflage 2010, Art. 20 Abs. 1 Rn. 44, Rn. 50 ff.; siehe zu der Frage nach einer Pflicht zur Kooperation *Pietzcker*, Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat. Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, in: Starck (Hg.), Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat, 1988, S. 17 (65 f. m. w. H.); zur Selbstverständlichkeit vgl. auch *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, HStR VI, 3. Auflage 2008, § 141 Rn. 20.

⁸² *Hesse*, Der unitarische Bundesstaat, 1962, S. 20 f.; *Vedder*, Intraföderale Staatsverträge, 1996, S. 144 ff.; *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, HStR VI, 3. Auflage 2008, § 141 Rn. 93.

⁸³ Siehe zum parallelen Gedanken bei der kumulativen Belastung im Rahmen der Grundrechtsdogmatik *G. Kirchhof*, Grundrechte und Wirklichkeit, 2007, insbes. S. 27 ff.; *ders.*, Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, NJW 2006, 732 ff.

⁸⁴ *Isensee*, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR VI, 3. Auflage 2008, § 126 Rn. 172.

⁸⁵ Deutlich *F. Kirchhof*, in: Maunz/Dürig/u.a., GG, 54. Lfg. 2009, Art. 83 Rn. 85.

eingehen. Träger von Rechten und Pflichten sind allein die an der Einrichtung beteiligten Länder oder bei Kooperationsgremien unterhalb der Länderebene die beteiligten juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Als nicht rechtsfähige Anstalten sind sie nicht zu qualifizieren, da kein einheitlicher Anstaltsträger vorhanden ist und im Übrigen auch kein Anstaltsnutzungsverhältnis besteht.“⁸⁶ Dieses ‚Übermaß‘ der länderübergreifenden Kooperation wird so in der Staatspraxis in aller Regel gewahrt. Hinzu treten besondere Vorgaben des Demokratieprinzips und des Rechtsstaats.

3. Demokratisches Legitimationsniveau

Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Dieses, ausdrücklich in Art. 20 Abs. 2 GG und in Art. 28 Abs. 1 GG verankerte demokratische Prinzip fordert in den Worten des Bundesverfassungsgerichts, dass alle Staatsgewalt einer Legitimation bedarf, „die sich auf die Gesamtheit der Bürger als Staatsvolk zurückführen lässt.“ Das Gericht bezieht den Maßstab ausdrücklich auf den Bund und die Länder, auf die „unmittelbare Staatsverwaltung“⁸⁷ im gesamten Bundesstaat.

„Volk im Sinne dieser Verfassungsnormen und damit Legitimationssubjekt ist das jeweilige Bundes- oder Landesstaatsvolk. Als Ausübung von Staatsgewalt, die demokratischer Legitimation bedarf, stellt sich jedenfalls alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter dar. Dies gilt gleichermaßen für Entscheidungen, die

⁸⁶ *Rudolf*, Kooperation im Bundesstaat, HStR VI, 3. Auflage 2008, § 141 Rn. 52; siehe insgesamt *Nettesheim* Wettbewerbsföderalismus und Grundgesetz, in: FS für Peter Badura, 2004, S. 363 (377 ff., 387 ff.), insbesondere auch zu rechtfertigenden Gründen für Beeinträchtigungen des Bundesstaatsprinzips und mit dem Befund, dass die ZVS die Verfassung verletzte; anders *Pietzcker*, Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat. Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, in: Starck (Hg.), Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat, 1988, S. 17 (62 ff.), der u. a. fragt, ob „zentrale Hoheitsaufgaben einer Gemeinschaftseinrichtung übertragen“ werden; *Oeter*, Integration und Subsidiarität im deutschen Bundesstaatsrecht, 1998, S. 263 f.; *Kisker*, Kooperation im Bundesstaat, 1971, S. 116 ff.; *R. Groß*, Kooperativer Föderalismus und Grundgesetz, DVBl. 1969, 125 (insbes. 125 f.); *Zacher*, Grundlagen und Grenzen interföderativer Kooperation, BayVBl. 1971, 321 (insbes. 323 f.); *H. Schneider*, Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat, VVDStRL 19 (1961), S. 1 (20 ff.).

⁸⁷ BVerfGE 107, 59 (87 m. w. H.) – Wasserverbände.

unmittelbar nach außen wirken, wie auch für solche, die nur behördenintern die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Amtsaufgaben schaffen [...]. Für die unmittelbare Staatsverwaltung und die kommunale Selbstverwaltung gilt: Die verfassungsrechtlich notwendige demokratische Legitimation erfordert eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern. Für die Beurteilung, ob ein hinreichender Gehalt an demokratischer Legitimation erreicht wird, haben die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und in der Literatur unterschiedenen Formen der institutionellen, funktionellen, sachlich-inhaltlichen und der personellen Legitimation nicht je für sich Bedeutung, sondern nur in ihrem Zusammenwirken. Aus verfassungsrechtlicher Sicht entscheidend ist nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau.“⁸⁸

Die demokratische Legitimation muss vom Volk ausgehen und auf das Volk zurückführbar sein.⁸⁹ „Das demokratische Prinzip erstreckt sich nicht nur auf bestimmte, sondern auf alle Arten der Ausübung von Staatsgewalt.“⁹⁰ Das jeweilige Bundes- oder Landesvolk muss von Verfassungs wegen „einen effektiven Einfluss auf die Ausübung der Staatsgewalt“ durch die Staatsorgane haben. „Dieser Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und staatlicher Herrschaft wird vor allem durch die Wahl des Parlaments, durch die von ihm beschlossenen Gesetze als Maßstab der vollziehenden Gewalt, durch den parlamentarischen Einfluss auf die Politik der Regierung sowie durch die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung hergestellt.“⁹¹ Das maßgebliche Legitimationsniveau, das notwendige Maß an institutioneller, funktioneller, sachlich-inhaltlicher und personeller Legitimation, kann

„bei den verschiedenen Erscheinungsformen von Staatsgewalt im allgemeinen und der vollziehenden Gewalt im Besonderen unterschiedlich ausgestaltet sein; innerhalb der Exekutive ist dabei auch die Funktionenteilung zwischen der für die politische Gestaltung

⁸⁸ BVerfGE 107, 59 (87 m. w. H.) – Wasserverbände.

⁸⁹ E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR II, 3. Auflage 2004, § 24 Rn. 11.

⁹⁰ BVerfGE 77, 1 (40 m. w. H.) – Untersuchungsausschuss „NEUE HEIMAT“; E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR II, 3. Auflage 2004, § 24 Rn. 11 f.

⁹¹ BVerfGE 93, 37 (66) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein.

zuständigen, parlamentarisch verantwortlichen Regierung und der zum Gesetzesvollzug verpflichteten Verwaltung zu berücksichtigen. Organe und Amtswalter bedürfen mithin zur Ausübung von Staatsgewalt einer Legitimation, die – als eine demokratische – auf die Gesamtheit der Staatsbürger, das Volk, zurückgeht, jedoch regelmäßig nicht durch unmittelbare Volkswahl erfolgen muß. In diesem Bereich ist die Ausübung von Staatsgewalt demokratisch legitimiert, wenn sich die Bestellung der Amtsträger – personelle Legitimation vermittelnd – auf das Staatsvolk zurückführen läßt und das Handeln der Amtsträger selbst eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation erfährt; dies setzt voraus, daß die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung – ohne Bindung an die Willensentschließung einer außerhalb parlamentarischer Verantwortung stehenden Stelle – handeln können und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen.“⁹²

Das Gericht betont, dass das jeweilige Legitimationsniveau auf die Eigenart der staatlichen Tätigkeit abgestimmt sein muss und Weisungen, eine effektive Aufsicht, für die Legitimation der Verwaltung zentral ist.

„Entscheidungskompetenzen lassen Amts- oder Organträgern im allgemeinen mehr oder minder weite Spielräume eigener Gestaltung. Sie sind abgestuft etwa von Ermessensentscheidungen über die Inangriffnahme einer öffentlichen Aufgabe bis zur im einzelnen gebundenen Anwendung kasuistisch ausformulierter Rechtssätze auf bestimmte Sachverhalte. Haben die Aufgaben eines Amtsträgers einen besonders geringen Entscheidungsgehalt, so mag dafür eine demokratische Legitimation ausreichen, bei der einzelne Legitimationselemente zurücktreten. Das kann jedoch nur in Betracht kommen, wenn Kompetenzen gegenständlich im Einzelnen und auch ihrem Umfang nach eng begrenzt sind und die zu treffenden Entscheidungen inhaltlich soweit vorstrukturiert sind, dass sie sich etwa auf die messbar richtige Plan- oder Gesetzesdurchführung beschränken.“⁹³

4. Wege demokratischer Legitimation

Je nach staatlicher Tätigkeit bedarf es – in einem Zusammenwirken – der institutionellen, funktionellen, sachlich-inhaltlichen und der personellen Legiti-

⁹² BVerfGE 93, 37 (67 m. w. H.) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein.

⁹³ BVerfGE 83, 60 (74 f. m. w. H.) – Ausländerwahlrecht.

mation.⁹⁴ Das Demokratieprinzip schreibt nicht bestimmte Legitimationsformen vor, sondern einen der jeweiligen hoheitlichen Tätigkeit angepassten Gehalt demokratischer Legitimation. Je weiter die Entscheidungsräume der Verwaltung sind, je tiefer diese in Grundrechte eingreifen darf, umso höher sind die demokratischen Legitimationserfordernisse.⁹⁵

a) Funktionelle und institutionelle Legitimation, Parlamentsvorbehalt

Das Grundgesetz regelt die gesetzgebende, vollziehende und rechtsprechende Gewalt und setzt für jede Gewalt Organe ein. Konstituiert die verfassungsgebende Gewalt bestimmte Organe sind diese unmittelbar funktionell und institutionell demokratisch legitimiert.⁹⁶ Der Parlamentsvorbehalt, nach dem die Volksvertretung die wesentlichen, die grundsätzlichen Entscheidungen trifft, tritt zu der funktionellen und institutionellen Legitimation hinzu. Die Erstentscheidungskompetenz des Parlaments meint keinen „Gewaltenmonismus in Form eines allumfassenden Parlamentsvorbehalts“,⁹⁷ keine allumfassende „Suprematie“ des Gesetzgebers, legt sich aber auf das parlamentarische Regierungssystem „in der Form des gesetzgelenkten Rechtsstaates“ fest.⁹⁸ Die durch den Verfassungsgeber konstituierten und damit demokratisch legitimierten Organe sind an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 GG), insbesondere an die Verfassung und die Parlamentsgesetze gebunden. Die funktionelle und institutionelle demokratische Legitimation steht bereits deshalb nicht allein. Für den Staat handelnde Personen müssen – selbst wenn sie unmittelbar durch eine

⁹⁴ BVerfGE 107, 59 (87 ff. m. w. H.) – Wasserverbände; siehe unter IV. 3. m. w. H.

⁹⁵ E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR II, 3. Auflage 2004, § 24 Rn. 14; mit einem besonderen Blick auf die Verwaltung Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Auflage 2004, S. 87 ff.; siehe insgesamt soeben unter 3. und sogleich unter a) bis d).

⁹⁶ „Die Organe der gesetzgebenden, der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt beziehen ihre institutionelle und funktionelle demokratische Legitimation aus der in Art. 20 Abs. 2 GG getroffenen Entscheidung des Verfassungsgebers“ (BVerfGE 49, 89 [125] – Kalkar; vgl. BVerfGE 68, 1 [89] – Stationierung; E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR II, 3. Auflage 2004, § 24 Rn. 15).

⁹⁷ BVerfGE 68, 1 (86 f.) – NATO-Doppelbeschluß.

⁹⁸ Di Fabio, Gewaltenteilung, HStR II, 3. Auflage 2004, § 27 Rn. 18; Sachs, in: ders., GG, 7. Auflage 2014, Art. 20 Rn. 88; jeweils. m. w. H.

funktionelle und institutionelle Legitimation getragen werden – personell und sachlich-inhaltlich demokratisch legitimiert sein.⁹⁹

b) Personelle Legitimation

Die personelle demokratische Legitimation verlangt, dass jeder Amtswalter als Person eine ununterbrochene, auf das Volk zurückführende Legitimationskette hinter sich weiß. Die Legitimation kann unmittelbar durch Wahlen oder mittelbar durch Entscheidungen von selbst personell demokratisch legitimierten Amtswaltern erfolgen. In der parlamentarischen Demokratie des Grundgesetzes bilden die Parlamente – der Bundestag und die Landtage – als Repräsentationsorgane des jeweiligen Volkes ein notwendiges Glied in der Legitimationskette. Die demokratische Legitimation der Amtswalter wirkt für das Organ, für das sie handeln.¹⁰⁰ Bei Kollegialorganen ist umstritten, ob jedes Mitglied oder nur die Mehrheit der Mitglieder personal demokratisch legitimiert sein muss.¹⁰¹ Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts reicht eine personale Legitimation der Mehrheit.¹⁰²

c) Sachlich-inhaltliche Legitimation

Die personelle demokratische Legitimation steht mit der sachlich-inhaltlichen Legitimation in Verbindung. Die sachlich-inhaltliche Legitimation leitet die in der Sache ausgeübte Staatsgewalt vom Volke her. Sie kann über zwei Wege hergestellt werden.

Das Parlament wird unmittelbar vom Volk gewählt (personale Legitimation). Es erlässt die Gesetze. An den „Willen des Volkes“, der im Gesetz zum Ausdruck

⁹⁹ E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR II, 3. Auflage 2004, § 24 Rn. 15.

¹⁰⁰ E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR II, 3. Auflage 2004, § 24 Rn. 16; Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Auflage 2004, S. 92; jeweils m. w. H.

¹⁰¹ E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR II, 3. Auflage 2004, § 24 Rn. 17 ff. m. w. H. auch zu der demokratischen Legitimation von Mitentscheidungsbefugnissen in Sachfragen.

¹⁰² BVerfGE 93, 37 (67 f. m. w. H.) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein; 107, 59 (88 m. w. H.) – Wasserverbände.

kommt,¹⁰³ sind alle staatlichen Organe gebunden (Art. 20 Abs. 3, Art. 28 Abs. 1 GG). Die öffentliche Gewalt, die rechtsgebunden die Gesetze durchsetzt, ist insoweit sachlich-inhaltlich demokratisch legitimiert.

Der zweite Weg besteht in einer demokratischen Verantwortlichkeit der Handelnden gegenüber demokratisch legitimierten Trägern der Staatsgewalt und der dazugehörenden „sanktionierenden“ Kontrolle. Der Volksvertreter ist gegenüber dem Volk unmittelbar verantwortlich. Er wird im periodisch wiederkehrenden Wahlakt legitimiert oder abgewählt. Regierung und Minister sind unmittelbar dem Parlament verantwortlich, werden durch Kontroll- und Abberufungsrechte der Volkvertretung überwacht. Sie tragen mittelbar sachlich-demokratische Verantwortung für nageordnete Behörden und Organe, wenn entsprechende Weisungs- und Aufsichtsrechte bestehen. „Zweck und Notwendigkeit der Weisungsgewalt liegen – über die Ermöglichung der einheitlichen Ausrichtung des Handelns der vollziehenden Gewalt hinaus – eben darin, dass durch sie auch das Handeln der vollziehenden Gewalt im Geist der Volkvertretung sichergestellt wird. Zwischen demokratischer Verantwortlichkeit und Weisungsabhängigkeit auf der einen, Gesetzesbindung auf der anderen Seite besteht unter dem Gesichtspunkt der sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation ein korrelativer Zusammenhang.“¹⁰⁴

Die rechtsprechende Gewalt ist unabhängig, nicht weisungsgebunden. Sie spricht in strenger Bindung an inhaltlich bestimmte Gesetze Recht. Setzt das Gesetz demgegenüber der Verwaltung nur einen Rahmen, der dieser breite Entscheidungsräume öffnet, sind Verantwortlichkeit und „Weisungsabhängigkeit“ grundsätzlich unerlässlich, um die demokratische Legitimation nach der sachlich-inhaltlichen Seite herzuleiten. Fehlt beides – strenge Gesetzesbindung und mit Sanktionen bewehrte Verantwortlichkeit – ergibt sich die Tendenz zu Ausbildung demokratisch exemter Entscheidungsbereiche; solche können nur ausnahmsweise – aus zwingenden Gründen, die in der Art der Tätigkeit liegen (z. B. Prüfungswesen), oder kraft besonderer verfassungsrechtlicher Vorgabe, wie z. B. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG für die öffentlich-rechtlichen Rundfunk- und Fernsehanstalten

¹⁰³ *Ossenbühl*, Gesetz und Recht – Die Rechtsquellen im demokratischen Rechtsstaat, in: HStR V, 3. Auflage 2007, § 100 insbes. Rn. 4.

¹⁰⁴ Insgesamt *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR II, 3. Auflage 2004, § 24 Rn. 21 f.; *Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Auflage 2004, S. 90 ff.; jeweils m. w. H.

oder aus Art. 88 S. 2 GG für die Deutsche Bundesbank in Verbindung mit der Europäischen Zentralbank – gerechtfertigt sein; sie können nicht vom Gesetzgeber oder der Exekutive selbst durch eigenmächtige Ausgliederungen geschaffen werden.“¹⁰⁵

d) Verbindungen

Ein Träger öffentlicher Gewalt muss sachlich-inhaltlich und personell demokratisch legitimiert sein. Dabei können sich die Legitimationsformen aber in weiten Teilen, jedoch nicht vollständig substituieren. So sind Richter in erster Linie sachlich-inhaltlich, nur zurückgenommen personell demokratisch legitimiert. Der Gesetzgeber hat einen Gestaltungsraum, wie er einen Träger öffentlicher Gewalt legitimiert, inwieweit sich die Legitimationsstränge ergänzen oder ersetzen. So bedürfen sachlich unabhängige Organe einer kraftvollen personellen Legitimation. Zudem muss der Entscheidungsbereich gesetzlich geregelt und umgrenzt sein. Sind Entscheidungen durch das Gesetz vorgeordnet und geprägt, besteht also eine starke sachlich-inhaltliche Legitimation, können auch gesellschaftliche Gruppen an den Entscheidungen beteiligt werden. Maßgeblich ist eine effektive Rückbindung an den Willen des Volkes,¹⁰⁶ ein Legitimationsniveau, das dem handelnden Organ entspricht.¹⁰⁷

Im hier maßgeblichen Bereich der Verwaltung betont das Bundesverfassungsgericht, dass die Sachverantwortung auf das Volk zurückführbar sein muss.

„Die Ausübung von Staatsgewalt ist dann demokratisch legitimiert, wenn sich die Bestellung der Amtsträger – personelle Legitimation vermittelnd – auf das Staatsvolk zurückführen lässt und das Handeln der Amtsträger selbst eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation erfährt, d. h. die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung handeln und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen. Ein Amtsträger ist uneingeschränkt personell legitimiert, wenn er sein

¹⁰⁵ E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR II, 3. Auflage 2004, § 24 Rn. 22.

¹⁰⁶ Insgesamt E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR II, 3. Auflage 2004, § 24 Rn. 23.

¹⁰⁷ BVerfGE 119, 331 (366) – Arbeitsgemeinschaften gem. § 44b SGB II; 107, 59 (87) – Wasserverbände.

Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament oder durch einen seinerseits personell legitimierten Amtsträger oder mit dessen Zustimmung erhalten hat.“¹⁰⁸

„Organe innerhalb der Verwaltung, die von ministerieller Weisungsgewalt freigestellt und zu autonomer Entscheidung berufen sind (sogenannter ministerialfreier Raum), durchbrechen die Verantwortlichkeit und den durch sie vermittelten Legitimationsstrang. Im Bereich der Staatverwaltung (im Unterschied zur verfassungsrechtlich eingeräumten und anerkannten Selbstverwaltung) besteht dafür kein verfassungsrechtlicher Rückhalt; er kann auch nicht aus einem Verzicht des Parlaments auf seine Kontrollkompetenz hergeleitet werden. Ministerialfreie Entscheidungsräume können allenfalls insoweit gerechtfertigt sein, als die gesetzlich übertragene und umschriebene Aufgabe nach ihrer spezifischen Eigenart solche Weisungsfreiheit notwendig erfordert, wie etwa im Prüfungswesen oder bei verwaltungsinternen Kontrollinstanzen, nicht aber darüber hinaus.“¹⁰⁹ Es bedarf besonderer Gründe, wenn von der Weisungsabhängigkeit eine Ausnahme gemacht werden soll, wie das Bedürfnis, die Aufgaben neutral wahrzunehmen, unabhängige Instanzen, eine gesellschaftliche Repräsentanz zu schaffen oder eine Institution mit besonderer Sachkompetenz auszustatten. Hierunter fällt etwa die Beurteilung, ob ein Medium jugendgefährdend ist, oder Entscheidungen im Datenschutz.¹¹⁰ Auf die Rechtsaufsicht kann kaum, wenn überhaupt nur mit besonderen Begründungen verzichtet werden.¹¹¹

5. Verantwortungszurechnung

Diese anerkannten Maßstäbe demokratischer Legitimation stehen in einem engen Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip. Der demokratische Rechtsstaat verlangt – dies betont das Bundesverfassungsgericht –, dass die jeweilige

¹⁰⁸ BVerfGE 107, 59 (87 f. m. w. H.) – Wasserverbände.

¹⁰⁹ E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR II, 3. Auflage 2004, § 24 Rn. 24.

¹¹⁰ Württemberg, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit des Glückspielkollegiums vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen der Dritten Ebene im Bundesstaat, 2014, S. 31 f. m. w. H.

¹¹¹ Isensee, Idee und Gestalt des Föderalismus im Grundgesetz, HStR VI, 3. Auflage 2008, § 126 Rn. 173.

öffentliche Gewalt im Bund oder im Land die ihr übertragenen Aufgaben selbst ausübt und hierfür jeweils einen Träger bestimmt, dem die Verantwortung klar zugerechnet werden kann:

„Die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern sind grundsätzlich getrennt und können selbst mit Zustimmung der Beteiligten nur in den vom Grundgesetz vorgesehenen Fällen zusammengeführt werden. Zugewiesene Zuständigkeiten sind mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen. Ausnahmen hiervon sind nur in seltenen Fällen und unter engen Voraussetzungen zulässig. Diese Grundsätze gelten auch für das Verhältnis von Bund und Kommunen. [...]

Aus Sicht des Bürgers bedeutet rechtsstaatliche Verwaltungsorganisation ebenfalls zuallererst Klarheit der Kompetenzordnung; denn nur so wird die Verwaltung in ihren Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten für den einzelnen ‚greifbar‘. Eine hinreichend klare Zuordnung von Verwaltungszuständigkeiten ist vor allem im Hinblick auf das Demokratieprinzip erforderlich, das eine ununterbrochene Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern fordert und auf diese Weise demokratische Verantwortlichkeit ermöglicht. Demokratische Legitimation kann in einem föderal verfassten Staat grundsätzlich nur durch das Bundes- oder Landesvolk für seinen jeweiligen Bereich vermittelt werden. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist zwar nicht die Form der demokratischen Legitimation staatlichen Handelns entscheidend, sondern deren Effektivität; notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau. Daran fehlt es aber, wenn die Aufgaben durch Organe oder Amtswalter unter Bedingungen wahrgenommen werden, die eine klare Verantwortungszuordnung nicht ermöglichen. Der Bürger muss wissen können, wen er wofür – auch durch Vergabe oder Entzug seiner Wählerstimme – verantwortlich machen kann.“¹¹²

Das Bundesverfassungsgericht entwickelte aus dem Demokratieprinzip und dem Rechtsstaatsprinzip insbesondere drei Vorgaben. Die Verantwortung für ein staatliches Handeln muss – erstens – einem Träger öffentlicher Gewalt klar zugerechnet werden können. Die Aufteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern sind – zweitens – verbindlich. Werden Zuständigkeiten einer Körperschaft zugewiesen, sind sie – drittens – mit eigenem Personal, eigenen

¹¹² BVerfGE 119, 331 (364 ff.) – Arbeitsgemeinschaften gem. § 44b SGB II; BVerfG, Urteil vom 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04. u.a., NVwZ 2008, 183 (186 f. m. w. H.) – Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften.

Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen. Ausnahmen hiervon sind nur unter engen Voraussetzungen zulässig.

6. Verfassungsrechtliche Vorgaben für Länderkooperationen

Das Bundesverfassungsgericht hat den anerkannten verfassungsrechtlichen Maßstab des hinreichenden Legitimationsniveaus und der Verantwortungszurechnung im Verhältnis des Bundes zu den Ländern und Kommunen entwickelt. Der Maßstab beantwortet die Fragen, ob die Länder zu Gunsten des Bundes auf Kompetenzen verzichten, Bund, Länder und Gemeinden zusammenarbeiten und inwieweit besondere, von der staatlichen Verwaltung gelöste Entscheidungsträger geschaffen werden dürfen. Konkret war über Arbeitsgemeinschaften, Verbände, Mitbestimmungsgesetze und das Ausländerwahlrecht zu entscheiden.¹¹³ Das Glückspielkollegium bewirkt aber keine Kompetenzverschiebungen zwischen Bund, Ländern und Gemeinden. Vielmehr stellt es die Frage, auf welche Art und Weise die Länder innerhalb ihrer Kompetenzbereiche¹¹⁴ kooperieren dürfen. Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstäbe können daher nicht einfach eins zu eins für die Prüfung herangezogen werden, ob das Glückspielkollegium verfassungswidrig ist.

Auf die Besonderheiten der verfassungsrechtlichen Grenzen länderübergreifender Kooperationen hat das Gericht hingewiesen. Die öffentliche Gewalt werde nicht durch eine zu strikte Trennung der Verwaltungsräume gebunden. Vielmehr sei ihrem Streben, auf neue Herausforderungen angemessene Antworten zu finden, Rechnung zu tragen.¹¹⁵ Bereits zuvor betonte das Gericht, dass von dem Grundsatz der eigenverantwortlichen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zu Gunsten einer Kooperation abgewichen werden kann. Die Kompetenz- und Organisationsnormen gehen

„grundsätzlich von der Unterscheidung zwischen Bundes- und Landesverwaltung aus. Sie lassen freilich auch erkennen, daß die

¹¹³ BVerfGE 119, 331 (364 ff.) – Arbeitsgemeinschaften gem. § 44b SGB II; 107, 59 (87 ff. m. w. H.) – Wasserverbände; 93, 37 (66 ff. m. w. H.) – Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein; 83, 60 (74 ff. m. w. H.) – Ausländerwahlrecht; BVerfG, Urteil vom 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04. u.a., NVwZ 2008, 183 (186 f. m. w. H.) – Hartz IV-Arbeitsgemeinschaften.

¹¹⁴ Siehe unter III. 2.

¹¹⁵ BVerfGE 119, 331 (365) – Arbeitsgemeinschaften gem. § 44b SGB II.

Verwaltungsbereiche von Bund und Ländern nicht starr voneinander geschieden sind. Ein Zusammenwirken von Bund und Ländern bei der Verwaltung ist in vielfältiger Form vorgesehen. [...] Nicht in jedem Fall eines Zusammenwirkens von Bund und Ländern im Bereich der Verwaltung werden die Kompetenz- und Organisationsnormen der Art. 83 ff. GG angetastet. Insofern bedarf ein solches Zusammenwirken nicht in jedem Fall einer besonderen verfassungsrechtlichen Ermächtigung. [...] Grundsätzlich gilt allerdings, daß der Verwaltungsträger, dem durch eine Kompetenznorm des Grundgesetzes Verwaltungsaufgaben zugewiesen worden sind, diese Aufgaben durch eigene Verwaltungseinrichtungen – mit eigenen personellen und sächlichen Mitteln – wahrnimmt. In diesem Sinn kann von einem ‚Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung‘ gesprochen werden.“¹¹⁶

Das Grundgesetz weist die Ausübung der staatlichen Befugnisse entweder dem Bund oder den Länder zu.¹¹⁷ Diese anerkannte verfassungsrechtliche Vorgabe darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass Kooperationen bei der Ausübung der Befugnisse nicht möglich wären, dass jeweils der Bund oder ein Land nur einzeln handeln dürfte.¹¹⁸

Hier vermag ein Blick auf internationale und supranationale Kooperationen zwischen Staaten Orientierung zu geben. Der Bund darf und soll solche Kooperationen eingehen.¹¹⁹ „Der aus Art. 23 Abs. 1 GG und der Präambel folgende Verfassungsauftrag zur Verwirklichung eines vereinten Europas bedeutet insbesondere für die deutschen Verfassungsorgane, dass es nicht in ihrem politischen Belieben steht, sich an der europäischen Integration zu beteiligen oder nicht. Das Grundgesetz will eine europäische Integration und eine internationale Friedensordnung: Es gilt deshalb nicht nur der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit, sondern auch der Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit.“¹²⁰ Auch innerhalb solcher Kooperationen muss die Ausübung der öffentlichen Gewalt auf das Staatsvolk zurückgeführt werden können. Die

¹¹⁶ BVerfGE 63, 1 (39 ff.) – Schornsteinfegerwesen.

¹¹⁷ Siehe unter 2. m. w. H.

¹¹⁸ *Pagenkopf*, Der neue Glücksspielstaatsvertrag – Neue Ufer, alte Gewässer, NJW 2012, 2918 (2921); vgl. *Windoffer*, Die Neuregelung des Glücksspielrechts vor dem Hintergrund unions- und verfassungsrechtlicher Rahmenbedingungen, DÖV 2012, 257 (260); siehe bereits unter 1. m. w. H.

¹¹⁹ Art. 23, Art. 24 GG, BVerfGE 89, 155 (182 ff.) – Maastricht; 123, 267 (344 ff.) – Lissabon.

¹²⁰ BVerfGE 123, 267 (346 f.) – Lissabon.

demokratischen und rechtsstaatlichen Vorgaben sind aber für die übernationale Zusammenarbeit, für die europäische Integration und ihren Funktionsbedingungen gesondert zu entwickeln. „Die grundgesetzliche Ausgestaltung des Demokratieprinzips ist“ – so fährt das Bundesverfassungsgericht fort – „offen für das Ziel, Deutschland in eine internationale und europäische Friedensordnung einzufügen. Die dadurch ermöglichte neue Gestalt politischer Herrschaft unterliegt nicht schematisch den innerstaatlich geltenden verfassungsstaatlichen Anforderungen und darf deshalb nicht umstandslos an den konkreten Ausprägungen des Demokratieprinzips in einem Vertrags- oder Mitgliedstaat gemessen werden. Die Ermächtigung zur europäischen Integration erlaubt eine andere Gestaltung politischer Willensbildung, als sie das Grundgesetz für die deutsche Verfassungsordnung bestimmt. Dies gilt bis zur Grenze der unverfügbaren Verfassungsidentität (Art. 79 Abs. 3 GG). Der Grundsatz der demokratischen Selbstbestimmung und der gleichheitsgerechten Teilhabe an der öffentlichen Gewalt bleibt auch durch den Friedens- und Integrationsauftrag des Grundgesetzes sowie den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit unangetastet.“¹²¹

Die Zusammenarbeit zwischen den Bundesländern unterscheidet sich rechtserheblich von der supranationalen Europäischen Union oder anderen übernationalen Kooperationen souveräner Staaten. Der für die überstaatliche Zusammenarbeit entwickelte Maßstab greift nicht für eine innerstaatliche Kooperation zwischen Bundesländern.¹²² Auch die für die Abgrenzung der Kompetenzräume des Bundes, der Länder und Gemeinden sowie für die Rechtsprüfung besonderer, von der Verwaltung gelöster Entscheidungsträger gelten für die Kooperation zwischen den Bundesländern nicht unmittelbar. Die verfassungsrechtlichen Grenzen für Länderkooperationen sind daher ausgehend von den anerkannten Vorgaben des Legitimationsniveaus und der Verantwortungszurechnung eigenständig – bereichsspezifisch – weiterzuentwickeln.

¹²¹ BVerfGE 123, 267 (344) – Lissabon.

¹²² *Degenhart*, Rechtsfragen des länder einheitlichen Verfahrens nach dem Entwurf eines Ersten Staatvertrages zur Änderung des Staatsvertrages zum Glückspielwesen in Deutschland, Rechtsgutachten, 2011, S. 22 ff.

Im Bundesstaat ist die Kooperation zwischen den Ländern eine Selbstverständlichkeit und zuweilen notwendig.¹²³ Das Grundgesetz steht solchen Kooperation nicht durch starre Kompetenzgrenzen, durch rein schematisch anzuwendende Vorgaben demokratischer Legitimation und der Verantwortungszurechnung entgegen. Eine länderübergreifende Zusammenarbeit bedarf – auf diesen Maßstab deutet die zitierte Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – nicht einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Ermächtigung. Vielmehr kann in einer solchen Kooperation gerade die angemessene Antwort auf neue Herausforderungen liegen.¹²⁴ Die Länder haben einen Entscheidungsraum, ob sie solche Kooperationen eingehen und wie sie sie ausgestalten.¹²⁵ Das demokratische Legitimationsniveau und die Vorgaben der klaren Verantwortungszurechnung dürfen jedoch durch Länderkooperationen nicht beiseitegeschoben werden. Die Gründe, die für eine Zusammenarbeit sprechen, können Abweichungen rechtfertigen. Eine vollständige Rücknahme der Maßstäbe ist nicht möglich. Dabei sind die allgemeinen Grundsätze zu beachten, nach denen sich das Maß des erforderlichen Legitimationsniveaus und der Verantwortungszurechnung richten. Beratende Gremien oder Institutionen, deren Entscheidungen gesetzlich detailliert vorgezeichnet sind, werden durch ein dünneres Band demokratischer Legitimation verfassungsrechtlich getragen. Hat die öffentliche Hand jedoch einen weiten Entscheidungsraum und ist sie befugt, erheblich in Grundrechte einzugreifen, muss sie kraftvoll demokratisch legitimiert sein. Dann ist – wenn keine begründeten Ausnahmefälle einer Staatsferne, einer besonderen Entscheidungssituation vorliegen – eine effektive Rechts- und Fachaufsicht verfassungsrechtlich geboten.¹²⁶

¹²³ Siehe unter 1.

¹²⁴ Siehe unter 1. und 2.

¹²⁵ Diese Maßstäbe werden von den bereits zitierten Entscheidungen gezeichnet: BVerfGE 63, 1 (39 ff.) – Schornsteinfegerwesen; 119, 331 (365) – Arbeitsgemeinschaften gem. § 44b SGB II.

¹²⁶ Deutlich BVerfGE 83, 60 (74 ff. m. w. H.) – Ausländerwahlrecht; siehe unter 3. und 4., unter II. 2. und III. 3.

V. Das Glücksspielkollegium verletzt das Grundgesetz – Subsumtion

1. Die Frage nach der demokratischen Legitimation des Glücksspielkollegiums

Das Glücksspielkollegium entscheidet verbindlich in strukturell grundrechtssensiblen Bereichen.¹²⁷ Ihm werden auf Ebene des Tatbestands und auf Rechtsfolgenseite weite Entscheidungsräume eröffnet.¹²⁸ Die Anforderungen, die an die demokratische Legitimation des Kollegiums gestellt werden, sind durch diese Entscheidungsräume und die strukturelle Grundrechtssensibilität des Glücksspielwesens gesteigert.¹²⁹ Die Länder haben sich entschieden, im Glücksspielwesen zusammenzuarbeiten.¹³⁰ So stellt sich die verfassungsrechtliche Frage, ob Legitimationsdefizite durch die Gründe, die für die Länderkooperation im Bereich des Glücksspielwesens sprechen, gerechtfertigt sein können.¹³¹

Das Glücksspielkollegium soll in den Worten der Erläuterungen der Änderung des Glücksspielstaatsvertrages „für ländereinheitlich zu treffende Entscheidungen die Zersplitterung der Aufsichtsstrukturen“ durch eine „abschließende Beurteilung“ überwinden. Nach außen bleibe es zwar „bei der Zuständigkeit einzelner Landesbehörden“. Das Kollegium treffe aber „einheitliche“ und – so die Hoffnung der Gesetzesbegründung – auf Grund des Mehrheitsprinzips auch „zeitnahe Entscheidungen“.¹³²

¹²⁷ Siehe unter III. 3.

¹²⁸ Siehe unter II. 2.

¹²⁹ Siehe unter IV. 3. bis 6.

¹³⁰ Siehe unter II. 1.

¹³¹ Siehe unter IV. 6.

¹³² Erläuterungen des Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland, S. 33 f., insbes. 34 (zitiert nach Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 15/1570, S. 80 f., insbes. 81); siehe zudem *Pagenkopf*, Der neue Glücksspielstaatsvertrag – Neue Ufer, alte Gewässer, NJW 2012, 2918 (2920); *Oldag*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Auflage 2013, § 9a Rn. 2.

2. Parlamentsvorbehalt – Zustimmung von 16 Landesparlamenten

Das Grundgesetz und die Landesverfassungen konstituieren das Glückspielkollegium nicht. Auch regeln die Verfassungen nicht ausdrücklich eine solche Form der Zusammenarbeit zwischen den Ländern.¹³³ Das Kollegium gründet daher nicht unmittelbar in einer funktionellen und institutionellen demokratischen Legitimation.

Das Glückspielkollegium wurde durch den sog. „Ersten Glückspieländerungsstaatsvertrag“¹³⁴ geschaffen.¹³⁵ Diesem Vertrag haben alle Bundesländer zugestimmt. Insofern sind das Glückspielkollegium und die Regelungen des Staatsvertrags, die das Kollegium anwendet, demokratisch legitimiert. Der Parlamentsvorbehalt¹³⁶ ist insofern erfüllt, als 16 Landesparlamente dem Staatsvertrag zugestimmt haben. Der demokratischen Legitimation genügt das allerdings nicht.¹³⁷ Das Glückspielkollegium, die in ihm handelnden Personen müssen bei der Ausübung ihrer Befugnisse personell und sachlich-inhaltlich demokratisch legitimiert sein.¹³⁸

3. Unzulässig verselbstständigte Länderkooperationen

Jede Länderkooperation trifft auf die verfassungsrechtliche Grenze, nach der keine Rechtspersönlichkeit geschaffen werden darf, die mit Mehrheit entscheidet und in Konkurrenz zum Bund einheitlich nach außen auftritt. Eine intraföderale Zusammenarbeit darf nicht unzulässig verselbstständigt werden.¹³⁹

Durch das Glückspielkollegium wird keine Rechtspersönlichkeit geschaffen, die nach außen auftritt und dem Bund so Konkurrenz macht. Nach außen handeln die

¹³³ Siehe unter IV. 1. und 2.

¹³⁴ Erster Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glückspielwesen in Deutschland – Erster Glückspieländerungsstaatsvertrag (BayGVBl. 2012, 318; siehe bereits Fn. 1).

¹³⁵ § 9a GlüStV; siehe unter II.

¹³⁶ Siehe unter IV. 4. a) m. w. H.

¹³⁷ Dies verkennt *Pagenkopf*, *Der neue Glücksspielstaatsvertrag – Neue Ufer, alte Gewässer*, NJW 2012, 2918 (2921).

¹³⁸ *E.-W. Böckenförde*, *Demokratie als Verfassungsprinzip*, HStR II, 3. Auflage 2004, § 24 Rn. 15; siehe unter IV. 3. bis 6. m. w. H.

¹³⁹ Deutlich *F. Kirchhof*, in: *Maunz/Dürig/u.a.*, GG, 54. Lfg 2009, Art. 83 Rn. 85; *Nettesheim* *Wettbewerbsföderalismus und Grundgesetz*, in: *FS für Peter Badura*, 2004, S. 363 (378); siehe bereits unter IV. 1. und insbes. unter 2.

jeweils für den Vollzug zuständigen Landesbehörden. Das Glückspielkollegium trifft aber die maßgeblichen Entscheidungen; die Landesbehörden müssen die verbindlichen Beschlüsse des Kollegiums innerhalb der vorgesehenen Frist vollziehen.¹⁴⁰ Insoweit ist die intraföderale Kooperation verselbstständigt. Sollen in einer Länderkooperation verbindliche Entscheidungen getroffen werden, bedarf es hierfür eines Beschlussgremiums. Solche Gremien liegen daher nicht per se außerhalb des Bereichs, den eine länderübergreifende Zusammenarbeit betreten darf.¹⁴¹ Durch das Glückspielkollegium wird eine Institution geschaffen, die mit weiten Entscheidungsbefugnissen im grundrechtssensiblen Bereich der Sicherheits- und Wirtschaftsverwaltung die maßgeblichen Entscheidungen für 16 Bundesländer trifft.¹⁴² Das Kollegium wird als unzulässig verselbstständigte Zusammenarbeit zwischen den Ländern begriffen.¹⁴³ Dieser Befund sieht sich aber der Frage konfrontiert, wie Entscheidungsgremien intraföderaler Zusammenarbeit in welchen Rechtsbereichen organisiert sein, welche Handlungsstrukturen errichtet werden dürfen. Eine mit der Europäischen Union auf Ebene der Nationalstaaten vergleichbare Kooperation¹⁴⁴ schafft der Glückspielstaatsvertrag jedenfalls nicht. Hoheitsrechte werden nicht auf eine von den Ländern zu unterscheidende eigenständige juristische Person übertragen. Eine grenznachbarschaftliche Einrichtung ähnlich dem Art. 24 Abs. 1a GG wurde nicht gegründet. Das Kollegium rückt jedoch auf Grund der Mehrheitsentscheidungen innerhalb weiter Entscheidungsräume in grundrechtssensiblen Bereichen nahe an eine verfassungswidrige Verselbstständigung.

Die „abstrakte Aussage“, dass eine Länderkooperation nicht unzulässig verselbstständigt werden darf, ist „rechtsdogmatisch leicht zu treffen und sicherlich verfassungsrechtlich korrekt; in der Praxis ist die Grenzlinie aber schwer nach präzisen Tatbestandsmerkmalen zu ziehen, an der eine konsensuale Verwaltung im Länderverbund zur Kooperation in eine [...] unitarische und organisatorisch

¹⁴⁰ § 9a Abs. 8 S. 4 GlüStV; siehe bereits oben unter II.

¹⁴¹ Siehe unter IV. 2.

¹⁴² Siehe unter III.

¹⁴³ *Württemberg*, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit des Glückspielkollegiums vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen der Dritten Ebene im Bundesstaat, 2014, S. 52 ff., 55.

¹⁴⁴ Siehe hierzu Art. 23 GG und soeben unter IV. 6.

festen Ebene übergeht, die dem Bund Konkurrenz machen würde.“¹⁴⁵ Dieses verfassungsrechtliche Maß der Länderkooperation ist zudem – dies wird zu Recht ergänzt – mit dem vom Demokratieprinzip geforderten Legitimationsniveau¹⁴⁶ eng verbunden.¹⁴⁷ Dies gilt insbesondere für das Glücksspielkollegium, weil dem Gremium eben weite Entscheidungsräume für erhebliche Grundrechtseingriffe eröffnet werden, das erforderliche Legitimationsniveau dadurch erhöht ist. Würde eine Länderkooperation unzulässig verselbstständigt, „würden zugleich die Grundsätze der demokratischen und rechtsstaatlichen Verantwortungsklarheit verletzt, welche für jegliches Handeln mit Entscheidungsbefugnis eine lückenlose Legitimationskette zum jeweiligen Landesvolk und Parlament mit entsprechender Verantwortungszuordnung verlangen.“¹⁴⁸ Diese Maßstäbe haben klarere Konturen. Sie rücken daher in den Mittelpunkt der verfassungsrechtlichen Erörterung.

4. Fehlende effektive Aufsicht – das Demokratieprinzip wird verletzt

Das Demokratieprinzip baut in der Regel auf eine effektive Rechts- und Fachaufsicht.¹⁴⁹ Die Mitglieder im Glücksspielkollegium handeln nicht weisungsfrei. Gegenüber dem von einem Land benannten Mitglied besteht im Land eine Aufsicht.¹⁵⁰ Das Kollegium entscheidet mit einer Mehrheit von mindestens zwei Dritteln der Stimmen seiner Mitglieder.¹⁵¹ Einzelne Länder können also überstimmt werden – mit der Folge, dass das Glücksspielrecht in einem überstimmt Land angewandt, ggf. von dessen Landesbehörden entgegen dem Landeswillen vollzogen werden muss.¹⁵² Die Weisungen, die im Rahmen der landesinternen Rechts- und Fachaufsicht getätigt werden, greifen dann ins

¹⁴⁵ F. Kirchhof, in: Maunz/Dürig/u.a., GG, 54. Lfg 2009, Art. 83 Rn. 85.

¹⁴⁶ Siehe unter IV. 3. bis 6.

¹⁴⁷ F. Kirchhof, in: Maunz/Dürig/u.a., GG, 54. Lfg 2009, Art. 83 Rn. 85; siehe unter IV. 6.

¹⁴⁸ F. Kirchhof, in: Maunz/Dürig/u.a., GG, 54. Lfg 2009, Art. 83 Rn. 85.

¹⁴⁹ Deutlich BVerfGE 107, 59 (87 f. m. w. H.) – Wasserverbände; E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR II, 3. Auflage 2004, § 24 Rn. 24; siehe insgesamt unter IV. 4., 5. und 6.

¹⁵⁰ Württemberg, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit des Glücksspielkollegiums vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen der Dritten Ebene im Bundesstaat, 2014, S. 44 f.

¹⁵¹ Art. 9a Abs. 8 S. 1 GlüStV.

¹⁵² § 9a Abs. 1 bis 4 GlüStV; siehe unter II.

Leere. Die landesinternen Aufsichtsstrukturen, die gegenüber den Landesbehörden bestehen,¹⁵³ wirken nicht für das Kollegium. Die Beschlüsse des Kollegiums sind für die tätigen Landesbehörden verbindlich.¹⁵⁴ Die Behörden haben keine Handhabe, Weisungen im Glückspielkollegium durchzusetzen. Die landesinternen Weisungen können daher ein demokratisches Legitimationsdefizit des Glückspielkollegiums nicht ausgleichen.¹⁵⁵ Zu Recht wird von einer „Art ministerialfreiem Raum“ gesprochen.¹⁵⁶ Die Rechts- und Fachaufsicht erstreckt sich auf ein einzelnes Mitglied im Glückspielkollegium, nicht aber auf das gesamte Gremium.

Die Mehrheitsentscheidungen im Glückspielkollegium führen dazu, dass die Aufsicht das Gremium, das die maßgeblichen Entscheidungen trifft, nicht erreicht. In strukturell grundrechtssensiblen Bereichen wie dem Glückspielwesen, in denen weite Entscheidungsräume bestehen, ist das demokratische Legitimationsniveau erhöht.¹⁵⁷ Die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation beim Gesetzesvollzug verlangt eine Rechts- und Fachaufsicht, die sich auf die Entscheidungsträger, auf ein Gremium, das die Entscheidungen trifft, erstreckt. Ausnahmen sind insbesondere in Fällen einer Staatsferne, einer besonderen Entscheidungssituation möglich.¹⁵⁸ Eine solche aufsichtliche

¹⁵³ Siehe unter III.

¹⁵⁴ § 9a Abs. 8 GlüStV; siehe unter II.

¹⁵⁵ *Württemberg*, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit des Glückspielkollegiums vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen der Dritten Ebene im Bundesstaat, 2014, S. 44 f.; anders *Gebhardt/Postel*, Der weite Weg zu Kohärenz, ZfWG 2012, S. 1 (7 f.), mit dem allerdings nicht überzeugenden Verweis auf informelle Absprachen und darauf, dass die Vertreter des überstimmten Landes durch die Gegenstimme demokratische Legitimation vermitteln; *Windoffer*, Die Neuregelung des Glückspielrechts vor dem Hintergrund unions- und verfassungsrechtlicher Rahmenbedingungen, DÖV 2012, 257 (261), lässt es verfassungsrechtlich genügen, dass ein Land ein bestimmtes Abstimmungsverhalten „anregen“ kann. Die demokratischen Legitimationserfordernisse (siehe unter IV. 3. bis 6.) werden zuvor aber nicht entfaltet und so letztlich verkannt. Eine „Anregung“ reicht für die demokratische Legitimation des Kollegiums nicht. Dass der demokratische Maßstab nicht treffend entwickelt wird erstaunt auch angesichts der folgenden Beschreibung der Grundrechtssensibilität des Glückspielrechts (262, 264 f.). Der maßgebliche grundrechtliche Bezug zum Demokratieprinzip wird nicht hergestellt.

¹⁵⁶ *Württemberg*, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit des Glückspielkollegiums vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen der Dritten Ebene im Bundesstaat, 2014, S. 26 f.; siehe zu dem Phänomen und den Grenzen ministerialfreier Räume grundlegend *E. Klein*, Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes, 1974; *Oebbecke*, Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986.

¹⁵⁷ Siehe unter II. 2., III. 3. und insbes. unter IV. 3. bis 6.

¹⁵⁸ Siehe unter IV. 4. bis 6.

Ausnahme besteht aber im Glückspielwesen nicht. Besondere Gründe für einen weisungsfreien Raum oder zurückgenommene Weisungskompetenzen wie etwa im Prüfungswesen, bei verwaltungsinternen Kontrollinstanzen, mit Blick auf die Neutralität, die Staatsferne oder bestimmte Entscheidungssituationen wie im Jugend- oder Datenschutz, liegen für das Glückspielwesen nicht vor.¹⁵⁹

Auch die länderübergreifende Kooperation rechtfertigt nicht, auf eine effektive Aufsicht zu verzichten. Arbeiten Bundesländer zusammen hat das zur Folge, dass ein Land nicht mehr ausschließlich nach dem Landeswillen handelt, sondern sich mit anderen Bundesländern abstimmt. Länderkooperationen sind daher Abstriche in der landesinternen demokratischen Verantwortung immanent. Die damit einher gehende Rücknahme demokratischer Legitimation darf gleichwohl nicht einfach in dem Verweis auf die Länderkooperation hingenommen werden, sondern ist durch die jeweilige Zusammenarbeit – durch die geschaffenen rechtlichen Maßstäbe und Strukturen, die Entscheidungsräume und Entscheidungsträger – zu rechtfertigen. Zu Recht betonen die Erläuterungen zum Änderungsvertrag des Glückspielstaatsvertrags, dass das Glückspielwesen oft über die Landesgrenzen hinausgreift, insofern bundeseinheitlicher Regelungen bedarf. Sodann wird hervorgehoben, dass das entscheidende Gremium handlungsfähig sein muss, Beschlüsse zeitnah getroffen werden sollen und deshalb mit einer Mehrheit, nicht einstimmig zu fassen sind.¹⁶⁰ Die vom Demokratieprinzip im Glückspielwesen vorgegebenen Aufsichtsrechte dürfen aber nicht einfach in einem Verweis auf die Handlungsfähigkeit des Kollegiums, auf die Notwendigkeit, zeitnahe Entscheidungen zu treffen, missachtet werden. Die demokratische Legitimation ist auch bei Länderkooperationen nicht auf die Gesamtheit der Landesvölker, sondern jeweils auf ein Landesvolk zurückzuführen.¹⁶¹ Eine Mehrheit der Landesvölker kann nicht an die Stelle der wirksamen Rückkopplung zu einem Land treten.¹⁶² Die Zusammenarbeit der Länder im Bereich des Glückspielrechts verlangt auch nicht nach der Mehrheitsentscheidung, kann in einer kraftvolleren demokratischen Legitimation

¹⁵⁹ Siehe unter III.

¹⁶⁰ Erläuterungen des Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrages zum Glückspielwesen in Deutschland, S. 33 f., insbes. 34 (zitiert nach Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 15/1570, S. 80 f., insbes. 81); siehe bereits unter 1.

¹⁶¹ BVerfGE 107, 59 (87 m. w. H.) – Wasserverbände; siehe bereits unter IV. 3. und 4.

¹⁶² F. Kirchhof, in: Maunz/Dürig/u.a., GG, 54. Lfg 2009, Art. 83 Rn. 85.

gelingen. Zwar können zu detaillierte und starre Weisungen die Entscheidungsfindung im Glückspielkollegium behindern. Dies betrifft aber nur die Art und Weise, wie die Weisungen erfolgen. Eines gänzlichen oder teilweisen Verzichts auf Weisungsbefugnisse bedarf es nicht. Die demokratische Vorgabe, die Sachentscheidung in grundrechtssensiblen Bereichen mit weiten Entscheidungsräumen der Handelnden auf das Volk zurückzuführen, fordert vielmehr, dass eine Fach- und Rechtsaufsicht stattfindet.¹⁶³ Die Aufsicht erreicht aber das Glückspielkollegium nicht. Die Öffentliche Gewalt, die das Kollegium ausübt, ist daher nicht mehr hinreichend auf die Landesvölker rückführbar. Die Länderkooperation vermag dieses Demokratiedefizit nicht zu rechtfertigen. Die Mehrheitsentscheidungen im Glückspielkollegium verletzen das Demokratieprinzip.

Daher wird mit guten Gründen verfassungsrechtlich gefordert, das Kollegium müsse einstimmig entscheiden.¹⁶⁴ Doch weisen die Erläuterungen zum Glückspielstaatsvertrag zu Recht darauf hin, dass die Länderkooperation dann gelähmt würde. Das Glückspielkollegium müsse handlungsfähig sein, zeitnah und daher mit einer Zweidrittelmehrheit beschließen. Einstimmige Entscheidungen würden dazu führen, dass zahlreiche Entscheidungen – im grundrechtssensiblen Bereich des Glückspielwesens¹⁶⁵ – nicht oder nicht rechtzeitig getroffen würden.¹⁶⁶ Der Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG) verlangt eine handlungsfähige öffentliche Hand, zielt – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – als „tragendes Organisations- und Funktionsprinzips“ darauf, dass „staatliche Entscheidungen möglichst richtig, das heißt von den Organen getroffen werden, die dafür nach ihrer Organisation, Zusammensetzung,

¹⁶³ Siehe zum Maßstab unter IV. 3. bis 6.

¹⁶⁴ Zu diesem Ergebnis gelangt – wenngleich mit anderer Begründung – *Degenhart*, Rechtsfragen des länder einheitlichen Verfahrens nach dem Entwurf eines Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrages zum Glückspielwesen in Deutschland, Rechtsgutachten, 2011, deutlich auf S. 4; siehe auch *Württemberg*, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit des Glückspielkollegiums vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen der Dritten Ebene im Bundesstaat, 2014, S. 45, 49.

¹⁶⁵ Siehe unter III. 3.

¹⁶⁶ Erläuterungen des Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrages zum Glückspielwesen in Deutschland, S. 33 f. (zitiert nach Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 15/1570, S. 80 f.); siehe bereits unter 1.

Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen verfügen.¹⁶⁷ Diese Vorgaben sind zwar konkretisierungsbedürftig.¹⁶⁸ Doch ist anerkannt, dass Demokratie und Rechtsstaat auf eine Trennung der Funktionen bauen und Institutionen verlangen, die zu rechtzeitigen Entscheidungen in der Lage sind.¹⁶⁹ Freiheit und Sicherheit kann nur eine handlungsfähige öffentliche Hand gewährleisten.¹⁷⁰ Eine Verwaltungspraxis oder Auslegung des Glückspielstaatsvertrages, die das Mehrheitserfordernis¹⁷¹ in eine Vorgabe der Einstimmigkeit umdeuten, würden – auch unabhängig von der überschrittenen Wortlautgrenze – ein Gremium schaffen, das nicht hinreichend handlungsfähig ist. Der demokratische Rechtsstaat, der Grundsatz der Gewaltenteilung stehen dieser Lösung entgegen. So sind andere Wege einzuschlagen, die demokratische Legitimation im Bereich des Glückspielwesens zu erhöhen. Das Glückspielkollegium ist abzuschaffen oder strukturell neu zu regeln. Das Glückspielrecht ist zeitnah durch eine umfassende Reform in das Maß der Verfassung zu führen.

5. Weitere demokratische und rechtsstaatliche Defizite

Demokratieprinzip und Rechtsstaat fordern, die Verantwortung für ein staatliches Handeln einem Träger öffentlicher Gewalt klar zuzurechnen. Bedingungen, unter denen eine solche Verantwortungszuordnung nicht möglich ist, sind verfassungswidrig. „Der Bürger muss wissen können, wen er wofür – auch durch Vergabe oder Entzug seiner Wählerstimme – verantwortlich machen kann.“¹⁷²

a) Glückspielkollegium und handelnde Behörde

In den Worten des Glückspielstaatsvertrages dient das Glückspielkollegium der zuständigen Behörden „als Organ bei der Erfüllung ihrer Aufgaben“ (§ 9 Abs. 5 S. 2 GlüStV). Diese Formulierung läuft bewusst parallel zu der Regelung der

¹⁶⁷ BVerfGE 98, 218 (251 f.) – Rechtschreibreform; 95, 1 (15) – Südumfahrung Stendal; 68, 1 (86) – NATO-Doppelbeschluß.

¹⁶⁸ Grzeszick, in: Maunz/Dürig/u. a., GG, 70. Lfg. Dez. 2013, Art. 20 Rn. 53 ff. m. w. H.

¹⁶⁹ Grzeszick, in: Maunz/Dürig/u. a., GG, 70. Lfg. Dez. 2013, Art. 20 Rn. 53 ff., 58 f.; G. Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 298 ff.; Di Fabio, Gewaltenteilung, in: HStR II, 3. Auflage 2004, § 27 Rn. 1 ff.; jeweils m. w. H.

¹⁷⁰ G. Kirchhof, Die Allgemeinheit des Gesetzes, 2009, S. 298 f.

¹⁷¹ Art. 9a Abs. 8 S. 1 GlüStV.

¹⁷² BVerfGE 119, 331 (366) – Arbeitsgemeinschaften gem. § 44b SGB II; siehe unter IV. 5.

Kommissionen im Rundfunkrecht.¹⁷³ Wie im Rundfunkrecht ist der Begriff Organ¹⁷⁴ aber missverständlich.¹⁷⁵ Das Kollegium entscheidet in Unabhängigkeit von einer Landesverwaltung verbindlich. Unmittelbaren Kontakt mit den Betroffenen hat die jeweils zuständige Glückspielaufsichtsbehörde. Die Landesbehörden haben die für sie verbindlichen Entscheidungen des Kollegiums zu vollziehen.¹⁷⁶ Insoweit ist das Kollegium nicht ein „dienendes Organ“ der Landesbehörde, sondern dient die jeweils handelnde Behörde dem Kollegium beim Vollzug seiner Entscheidungen.¹⁷⁷ Die Behörden können insoweit als Überbringer der verbindlichen Entscheidungen des Glückspielkollegiums verstanden werden.¹⁷⁸ Die Regelung, die das Kollegium als Organ der Behörde bezeichnet, ist daher missglückt.

¹⁷³ Das Glückspielkollegium bildet – dies betonen die Erläuterungen zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Glückspielstaatsvertrages – „das Modell der Kommission für Jugendmedienschutz nach dem Jugendmedienschutz-Staatsvertrag und der Kommission für Zulassung und Aufsicht nach dem Rundfunkstaatsvertrag nach“ (Erläuterungen des Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrages zum Glückspielwesen in Deutschland, S. 34 [zitiert nach Landtag von Baden-Württemberg, Drs. 15/1570, S. 81]; siehe bereits unter II. 1.).

¹⁷⁴ Für den verfassungsrechtlichen Begriff *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage 1999, Rn. 25: Die Verfassung konstituiert „Organe, denen nach ihrer sachlichen Eigenart unterschiedene, bestimmte und begrenzte Aufgabebereiche staatlichen Wirkens und die Machtbefugnisse anvertraut werden, die zur sachgemäße Wahrnehmung jener Aufgaben erforderlich sind.“

¹⁷⁵ Siehe zu der parallelen Regelung § 35 Abs. 2 S. 2 RStV *Schuler-Harms*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Auflage 2012, § 35 RStV Rn. 48 m. w. H.: „Verwaltungsorganisationsrechtlich ist die Stellung der Kommissionen im Verhältnis zur jeweiligen Landesmedienanstalt komplexer, als Satz 2 dies nahelegt. Die Kommissionen sind weder für sich noch in Verbindung miteinander selbständige Verwaltungsträger, denn es fehlt an der Kompetenz zur Durchführung konkreter Verwaltungsmaßnahmen im Außenverhältnis. [...] Auf der anderen Seite hat ihre Entscheidung (im Innenverhältnis) wegen ihrer Bindungswirkung eine präjudizielle Wirkung und vermag damit ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse zu begründen, auch wenn sie nicht als Verwaltungsentscheidung der zuständigen Landesmedienanstalt gegenüber dem Veranstalter ergangen ist. [...] Insgesamt bestehen] Besonderheiten, die sich mit der verwaltungsorganisationsrechtlichen Figur der Organschaft nur im Ansatz erfassen lassen. Der Begriff des ‚Organs‘ in Satz 2 verdeutlicht dabei nicht viel mehr als die Absicht der Länder, Außenzuständigkeiten der bundesweiten Medienaufsicht und damit die Gründung einer Ländermedienanstalt zu vermeiden. Zugleich sollen die innerhalb der einzelnen Landesmedienanstalt zuständigen Beschlussgremien von Entscheidungen der bundesweiten Rundfunkaufsicht ausgeschlossen werden.“

¹⁷⁶ § 9a Abs. 8 S. 4 GlüStV; siehe oben unter II.

¹⁷⁷ *Würtenberger*, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit des Glückspielkollegiums vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen der Dritten Ebene im Bundesstaat, 2014, S. 25 f.; *Pagenkopf*, Der neue Glücksspielstaatsvertrag – Neue Ufer, alte Gewässer, NJW 2012, 2918 (2921).

¹⁷⁸ Vgl. *Windoffer*, Die Neuregelung des Glückspielrechts vor dem Hintergrund unions- und verfassungsrechtlicher Rahmenbedingungen, DÖV 2012, 257 (261).

b) Anhörung

Probleme der Verantwortungszurechnung ergeben sich im Verwaltungsverfahren. Das Kollegium hört die Betroffenen nicht an, obwohl es die maßgeblichen Entscheidungen trifft. Die jeweils für den Vollzug zuständige Landesbehörde führt die Anhörungen durch.¹⁷⁹ Wird aus dem Grundgesetz die Pflicht herleitet, die entscheidende Stelle müsse eine Anhörung stets selbst durchführen, liegt der Verfassungsverstoß auf der Hand.¹⁸⁰ Doch ist eine differenziertere Sicht sachgerecht und verfassungsgeboten.¹⁸¹ Grundsätzlich muss die zuständige Behörde das rechtliche Gehör selbst gewähren. Das Recht anerkennt aber Ausnahmen von der unmittelbaren Anhörung.¹⁸² Wenn eine andere Stelle mit guten Gründen die Anhörung durchführt, wenn dabei sichergestellt ist, dass die maßgeblichen Erkenntnisse der Anhörung in den Entscheidungsprozess einfließen, kann von dem Grundsatz, eine unmittelbare Anhörung vorzunehmen, abgewichen werden. Bei schriftlichen Verfahren sind diese Vorgaben besser zu wahren als bei mündlichen Anhörungen. Führt eine Behörde, die die maßgebliche Entscheidung nicht trifft, die mündliche Anhörung durch, steigert sich die Gefahr des Informationsverlustes. Hieraus wird gefolgert, dass mündliche Anhörungen von der Stelle erfolgen müssen, die die Entscheidung trifft.¹⁸³ Doch ist der gesetzlich geregelte Gedanke, dass Ausnahmen von der unmittelbaren mündlichen Anhörung mit hinreichenden Gründen zulässig sind, zu verallgemeinern. Eine länderübergreifende Kooperation vermag eine mündliche Anhörung bei einer Stelle zu legitimieren,

¹⁷⁹ Siehe hierzu *Würtenberger*, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit des Glücksspielkollegiums vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen der Dritten Ebene im Bundesstaat, 2014, S. 57 ff.

¹⁸⁰ *Würtenberger*, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit des Glücksspielkollegiums vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen der Dritten Ebene im Bundesstaat, 2014, S. 58.

¹⁸¹ *Britz*, Reaktionen des Verwaltungsverfahrenrechts auf die informationstechnischen Vernetzungen der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2003, S. 213 (241).

¹⁸² *Kallerhoff*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage 2014, § 28 Rn. 46.; *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage 2010, § 14 Rn. 29.

¹⁸³ Insgesamt und ausdrücklich *Britz*, Reaktionen des Verwaltungsverfahrenrechts auf die informationstechnischen Vernetzungen der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2003, S. 213 (241).

die die maßgebliche Entscheidung nicht trifft, wenn Anhörungen sonst mit erheblichen organisatorischen Schwierigkeiten verbunden wären. Eine Zusammenarbeit zwischen den Ländern kann auch das schriftliche Verfahren und damit auch schriftliche Anhörungen rechtfertigen, wenn lediglich Rechtsfragen, kaum Tatsachenfragen zu erörtern, die Rechtsfragen der schriftlichen Erörterung zugänglich sind und die Ergebnisse der Anhörung dem entscheidenden Gremium vorgelegt werden. Wenn aber – wie im Glückspielrecht – mit weiten Entscheidungsräumen strukturell grundrechtssensible Beschlüsse getroffen werden, ist eine unmittelbare Anhörung zwar nicht in jedem Fall zwingend, drängt sich aber verfassungsrechtlich auf.

c) Rechtsweg

Die Zurechnungsfragen verschärfen sich, wenn Rechtsbehelfe gegen einen von der jeweiligen Landesbehörde vollzogenen Beschluss des Glückspielkollegiums erhoben werden. In einer jüngeren Entscheidung betont der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, dass nicht das Glückspielkollegium, sondern das jeweilige Land, dessen Behörde die Entscheidungen des Kollegiums vollzogen hat, passivlegitimiert ist. „Wegen der Bindungswirkung der Beschlüsse des Glücksspielkollegiums“ folge hieraus aber „zwangsläufig auch die Prüfung der Rechtmäßigkeit des diesem Verwaltungsakt zugrunde liegenden Kollegiumsbeschlusses. Wären demgegenüber, wie es der Antragstellerin vorschwebt, nicht“ das eine Land, „sondern die einzelnen Länder aufgrund ihrer Mitwirkung an den Beschlüssen des Glücksspielkollegiums passivlegitimiert, müsste im Falle der Ablehnung der begehrten Konzessionserteilung statt allein gegen das Land Hessen gegen eine Vielzahl von Ländern vorgegangen werden. Ein so ausgestalteter gerichtlicher Rechtsschutz wäre aber weit aufwendiger und im Hinblick auf die Möglichkeit abweichender Entscheidungen weniger wirksam als die alleinige Inanspruchnahme des Landes.“¹⁸⁴

Die Lösung ist insoweit sachgerecht, als die Gesamtheit der Bundesländer nur schwer verklagt werden kann.¹⁸⁵ Das Glückspielkollegium, das die angegriffene

¹⁸⁴ VGH München, Beschluss vom 30.9.2013 – 10 CE 13.1371, NVwZ 2014, 163 (164).

¹⁸⁵ *Württemberg*, Rechtsgutachten zur Verfassungswidrigkeit des Glückspielkollegiums vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Grenzen der Dritten Ebene im Bundesstaat, 2014, S.59 f., sieht in dieser Ausgestaltung einen Verfassungsverstoß, weil der „Sach- und Rechts-

Entscheidung verantwortet, muss in den Prozess aber einbezogen, beigeladen und angehört werden. Das Land kann als Beklagter die verbindliche Entscheidung des Gerichts allein nicht umsetzen, weil das Glückspielkollegium mit einer Mehrheit entscheidet, das Land im Kollegium folglich überstimmt werden kann.¹⁸⁶ Die Regelung der Passivlegitimation ist insoweit zweifelhaft. Der Rechtsstaat fordert, dass der Entscheidungsträger – das Glückspielkollegium – an Recht und Gesetz, an die gerichtlichen Entscheidungen gebunden ist, diese folglich umsetzen muss. Unterschiedliche Landesbehörden vollziehen die Entscheidungen des Kollegiums¹⁸⁷ mit der Folge, dass Gerichte in verschiedenen Bundesländern zuständig sind. So können zwar divergierende gerichtliche Entscheidungen ergehen. Höchste Gerichte werden aber für eine Einheit der Rechtsprechung sorgen. Gleichwohl stellen sich erhebliche Fragen nach dem einheitlichen Rechtsmaßstab für das Kollegium, nach der Umsetzung der gerichtlichen Entscheidungen, letztlich nach der Einheit von Rechtsprechung und Rechtsvollzug.

d) Verantwortungsteilung und Verantwortungszurechnung

Das Glückspielkollegium trifft die verbindlichen Entscheidungen. Diese werden sodann von den Länderbehörden vollzogen. Nur die Behörden handeln nach außen.¹⁸⁸ Bei dieser Verantwortungsteilung sind in der rechtlichen Umsetzung Defizite auszumachen.

Das Glückspielkollegium handelt in den nicht treffenden Worten des Glückspielstaatsvertrags „als Organ“ der jeweils zuständigen Landesbehörde.¹⁸⁹ Das rechtliche Gehör wird im Verwaltungsverfahren durch diese Behörden gewährt, obwohl sie die maßgeblichen Entscheidungen nicht treffen.¹⁹⁰ Im gerichtlichen Verfahren ist das Land passivlegitimiert, dessen Behörde gehandelt hat. Das Land hat aber nicht die Kompetenz, richterlichen Entscheidungen umzusetzen,

diskurs im Gerichtsverfahren zur „Farce“ würde“ (S. 59); zudem weist er auf nicht gänzlich geklärte Zuständigkeitsfragen.

¹⁸⁶ § 9a Abs. 8 S. 1 GlüStV; siehe unter II.

¹⁸⁷ § 9a Abs. 1 bis 3 GlüStV; siehe unter II.

¹⁸⁸ § 9a Abs. 1 bis 3, Abs. 5, Abs. 8 GlüStV; siehe unter II.

¹⁸⁹ § 9a Abs. 5 GlüStV; siehe bereits unter a).

¹⁹⁰ Siehe unter b).

weil das Glückspielkollegium verbindlich mit Zweidrittelmehrheit entscheidet.¹⁹¹ Die jeweils zuständige Landesbehörde kann die eingehenden Anträge zunächst selbst prüfen und sodann mit einem Entscheidungsvorschlag dem Kollegium vorlegen.¹⁹² Grundlage für die Entscheidungen des Kollegiums sind dann Rechtsauffassungen von verschiedenen Landesbehörden, die maßgebliche Unterschiede aufweisen können. Das Kollegium trifft seine verbindlichen Beschlüsse in einem nicht öffentlichen Verfahren.¹⁹³ Die Landesbehörden vollziehen diese Entscheidungen mit Wirkung für alle Länder, können erforderliche Anordnungen im Einzelfall erlassen und nach ihrem jeweiligen Landesrecht vollstrecken sowie dazu Amtshandlungen in andern Ländern vornehmen.¹⁹⁴

Diese, zum Teil verworrenen¹⁹⁵ Regelungen führen zu Rechtsauffassungen und Verantwortlichkeiten, die über die Länder verteilt sind und sich maßgeblich unterscheiden können. Rechtsstaat und Demokratieprinzip drängen hier auf klarere Regelungen. Das Gebot des demokratischen Rechtsstaats, Verantwortlichkeiten klar zuzurechnen, Zuständigkeiten und Verfahren der Verwaltung sachgerecht zu regeln und den Rechtsschutz effektiv auszugestalten, fordern das Glückspielrecht neu zu regeln.

¹⁹¹ § 9a Abs. 8 GlüStV; siehe unter c).

¹⁹² § 5 Abs. 3 VwVGlüStV; siehe unter II.

¹⁹³ § 2 Abs. 4 VwVGlüStV.

¹⁹⁴ § 9a Abs. 2 und Abs. 3 GlüStV; siehe unter II.

¹⁹⁵ Siehe unter a).

VI. Verfassungswidrigkeit der gesamten Entscheidungsstrukturen – Rechtsfolgen

Das durch den Änderungsvertrag zum Glückspielstaatsvertrag geschaffene Glückspielkollegium ist verfassungswidrig. Das vorbildlose Gremium¹⁹⁶ trifft verbindliche Entscheidungen in einem strukturell grundrechtssensiblen Bereich.¹⁹⁷ Auf Ebene des Tatbestands und auf Rechtsfolgenseite werden ihm weite Entscheidungsräume eröffnet.¹⁹⁸ Das deshalb notwendige hohe demokratische Legitimationsniveau¹⁹⁹ erreicht das Glückspielkollegium nicht.²⁰⁰

Die Bundesländer haben sich im Glückspielbereich für eine länderübergreifende Kooperation entschieden. Eine solche Entscheidung vermag eine Rücknahme des demokratischen Legitimationsniveaus im Vergleich zu dem Maß, das für die vom Bund oder einem Land ausgeübte öffentliche Gewalt gilt, insoweit zu rechtfertigen, als die Rücknahme für die Zusammenarbeit der Länder notwendig ist.²⁰¹ Doch verletzt das Glückspielkollegium diesen demokratischen Maßstab. Das Kollegium trifft seine Beschlüsse mit Zweidrittelmehrheit. Jedes Land kann dem von ihm gesandten Mitglied im Glückspielkollegium Weisungen erteilen. Wird das Land überstimmt, ist diese Rechts- und Fachaufsicht nicht erfolgreich. Die Aufsicht erstreckt sich auf ein einzelnes Mitglied im Kollegium, nicht aber auf das gesamte Gremium. Eine effektive Rechts- und Fachaufsicht über das Kollegium findet nicht statt. Die Entscheidungen des Kollegiums können daher nicht hinreichend auf das jeweilige Landesvolk zurückgeführt werden. Die Entscheidungen des Glückspielkollegiums sind verfassungswidrig, das Demokratieprinzip wird verletzt.²⁰²

Dieser Verfassungsverstoß hat erhebliche Folgen für das Glückspielwesen. Er schlägt auf die gesamten Entscheidungsstrukturen, die mit dem Glückspiel-

¹⁹⁶ Siehe unter III.

¹⁹⁷ Siehe unter III. 3.

¹⁹⁸ Siehe unter II. 2.

¹⁹⁹ Siehe unter IV. 3. bis 6.

²⁰⁰ Siehe unter V., insbes. unter 4.

²⁰¹ Siehe unter IV. 6.

²⁰² Siehe unter V. 4.

kollegium verbunden sind, als gesetzgebungstechnische Einheit²⁰³ durch. Das Bundesverfassungsgericht hat die Folgen eines Verfassungsverstoßes des Gesetzgebers mit Blick auf die Feststellung konkretisiert, ob sich die richterliche Entscheidung auf das ganze Gesetz oder nur auf Teile des Gesetzes erstreckt. Im Falle der „Nichtigkeit einer oder mehrerer Bestimmungen eines Gesetzes“ ist – so das Gericht – „das gesamte Gesetz für nichtig zu erklären [...], wenn die nichtigen Bestimmungen mit den übrigen so verflochten sind, dass sie eine untrennbare Einheit bilden, die nicht in ihre einzelnen Bestandteile zerlegt werden kann.“²⁰⁴ Demgegenüber wird die Teilnichtigkeit eines Gesetzes festgestellt oder erstreckt sich eine Unvereinbarkeitserklärung nur auf bestimmte Regelungen, wenn der Verstoß auf einen abgrenzbaren Teil des Gesetzes beschränkt werden und der übrig bleibende Teil sinnvoll bestehen bleiben kann.²⁰⁵ Ein einheitliches Regelungskonzept darf nicht dadurch zerschlagen werden, dass einzelne Regelungen für verfassungswidrig erklärt werden. Die Gesamtnichtigkeit dient – so fährt das Bundesverfassungsgericht fort – auch dem Zweck, kein „Gesetz mit einem vom Bundesgesetzgeber nicht gewollten Inhalt in Kraft“ zu setzen.²⁰⁶

Das Glücksspielkollegium trifft maßgebliche Entscheidungen im Glücksspielwesen.²⁰⁷ Die Länderkooperation findet in diesem Kollegium ihr Zentrum. Ohne das Zentrum, ohne das Glücksspielkollegium, können diese Entscheidungsstrukturen im Glücksspielwesen nicht sinnvoll bestehen bleiben. Verletzt ein Gremium, das verbindliche Entscheidungen trifft, die Verfassung, erstreckt sich dieser Verfassungsverstoß auf die Beschlüsse des Gremiums und deren Vollzug. Die Beschlüsse des Glücksspielkollegiums sind für die Landesbehörden, die die Entscheidungen vollziehen, bindend.²⁰⁸ Die Landesbehörden müssen nach dem Glücksspielstaatsvertrag Entscheidungen eines Gremiums, das das Grundgesetz verletzt, vollziehen. Beschluss und Vollzug können in dieser Verfassungs-

²⁰³ Siehe zu diesem Maßstab *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 41. Lfg. 2013, § 78 Rn. 31.

²⁰⁴ BVerfGE 73, 118 (151 m. w. H.) – Niedersächsisches Landesrundfunkgesetz; 8, 274 (301) – Preisgesetz.

²⁰⁵ *E. Klein*, in: Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 3. Auflage 2012, § 39 Rn. 1387 ff.; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, 4. Auflage 2015, Rn. 534; jeweils m. w. H.

²⁰⁶ BVerfGE 111, 226 (273) – Juniorprofessur.

²⁰⁷ Siehe unter II. 2.

²⁰⁸ § 9a Abs. 8 S. 4 GlüStV; siehe unter II. 1.

verletzung nicht getrennt werden. Der Verfassungsverstoß erstreckt sich auf Grund dieser Verflechtung auf die Maßnahmen der Landesbehörden in den Bereichen des Glückspielwesens, in denen das Glückspielkollegium entscheidet. Die gesamten Entscheidungsstrukturen in diesen Teilen des Glückspielwesens verletzen das Grundgesetz. Das Glückspielkollegium ist von Verfassungs wegen abzuschaffen oder strukturell neu zu regeln. Das Glückspielrecht ist zeitnah durch eine umfassende Reform in das Maß des Grundgesetzes zu führen.

VII. Das Glückspielkollegium verletzt das Grundgesetz – Ergebnisse

Die Bundesländer haben sich im Glückspielstaatsvertrag für eine Kooperation auf dem Gebiet des Glückspielwesens entschieden. Das Glückspielkollegium erlässt die maßgeblichen Erlaubnisse, Konzessionen und Richtlinien zulässiger Werbung. Das Kollegium besteht aus 16 Mitgliedern. Jedes Bundesland hat einen Sitz. Das Gremium entscheidet verbindlich mit Zweidrittelmehrheit. Die Entscheidungen werden von unterschiedlichen Glückspielaufsichtsbehörden der Länder vollzogen.

Das Glückspielkollegium ist eine vorbildlose Institution, die durch vier Eigenarten gekennzeichnet ist. Dem Kollegium wurden weite Entscheidungsräume eröffnet. Es steht – zweitens – auf einer geteilten Kompetenzgrundlage, die im Sicherheitsrecht der Länder und im Wirtschaftsrecht gründet. Auch als Folge dieser Grundlage unterscheidet sich die Zusammenarbeit im Glückspielwesen – drittens – rechtserheblich von anderen länderübergreifenden Kooperationen etwa im Rundfunk- und Medienrecht oder bei der Vergabe von Studienplätzen. Das Glückspielkollegium handelt nicht in einem von Verfassungen wegen staatsfreien Raum, in dem Gremien plural, mit speziellem Sachverstand zu besetzen sind, oder in einem Bereich, in dem die Chancengleichheit detaillierte Vorgaben setzt. Das Kollegium trifft – viertens – verbindliche Beschlüsse in einem strukturell grundrechtssensiblen Bereich. Diese Besonderheiten stehen unmittelbaren verfassungsrechtlichen Rückschlüssen für andere Kooperationen zwischen den Ländern oder sonstigen Verallgemeinerungen der verfassungsrechtlichen Subsumtion strukturell entgegen.

Das Glückspielkollegium trifft seine Beschlüsse mit Zweidrittelmehrheit. Jedes Land kann dem von ihm gesandten Mitglied im Glückspielkollegium Weisungen erteilen. Wird das Land überstimmt, sind diese Weisungen nicht erfolgreich. Die Rechts- und Fachaufsicht erstreckt sich auf ein einzelnes Mitglied im Kollegium, nicht aber auf das gesamte Gremium. Eine effektive Rechts- und Fachaufsicht über das Kollegium findet nicht statt. Die nach außen handelnden Landesbehörden sind an die Beschlüsse des Kollegiums gebunden. Auch eine

landesinterne fach- oder rechtsaufsichtliche Kontrolle der Behörden hat daher keinen maßgeblichen Einfluss auf das Kollegium.

Die fehlende effektive Rechts- und Fachaufsicht über das Glückspielkollegium verletzt das Demokratieprinzip. Die Entscheidungen des Kollegiums können nicht hinreichend sachlich-inhaltlich auf die Landesvölker zurückgeführt werden. Zwar dürfen die insbesondere für das Verhältnis des Bundes zu den Ländern entwickelten Vorgaben des Demokratieprinzips nicht einfach auf Länderkooperation angewandt werden. Die Entscheidung der Landesparlamente für eine intraföderale Zusammenarbeit vermag das geforderte Legitimationsniveau bereichsspezifisch zu modifizieren. Im Glückspielwesen sind die demokratischen Legitimationserfordernisse aber erheblich gesteigert, weil dem Kollegium weite Entscheidungsräume in einem strukturell grundrechtssensiblen Bereich eröffnet werden. In solchen Fällen verlangt das Grundgesetz eine effektive Aufsicht. Besondere Gründe für einen weisungsfreien Raum oder zurückgenommene Weisungskompetenzen wie etwa im Prüfungswesen, bei verwaltungsinternen Kontrollinstanzen, mit Blick auf die Neutralität, die Staatsferne oder bestimmte Entscheidungssituationen wie im Jugend- oder Datenschutz, bestehen für das Glückspielwesen nicht. Das Glückspielkollegium erreicht das geforderte demokratische Legitimationsniveau nicht. Ohne eine Neuregelung des Gremiums, ohne eine grundlegende Reform des Glückspielrechts lässt sich eine ausreichende demokratische Legitimation nicht herstellen.

Weitere demokratische und rechtsstaatliche Vorgaben stützen die verfassungsrechtliche Pflicht, das Glückspielwesen neu zu regeln. Das rechtliche Gehör wird durch die jeweilige Landesbehörde gewährt, obwohl das Glückspielkollegium verbindlich entscheidet. Das Grundgesetz drängt aber in einem grundrechtssensiblen Bereich wie dem Glückspielrecht auf unmittelbare Anhörungen. Im gerichtlichen Verfahren ist das Land passivlegitimiert, dessen Behörde gehandelt hat, obwohl das Land die richterlichen Entscheidungen allein nicht umzusetzen vermag. Die Landesbehörden bereiten die Entscheidungen des Glückspielkollegiums vor und vollziehen sie sodann mit Wirkung für alle Länder. Im Konfliktfall entscheiden die jeweiligen Landesgerichte. Insgesamt können Divergenzen bei der Rechtsanwendung durch die unterschiedlichen Gerichte und

Behörden auftreten. Der demokratische Rechtsstaat fordert, die Verantwortlichkeiten für das Glückspielrecht klarer zu regeln.

Das Glückspielkollegium verletzt das Demokratieprinzip. Der Rechtsstaat erwartet eine klarere Verantwortungszurechnung im Glückspielwesen. Die Landesbehörden müssen die Entscheidungen des Kollegiums, das das Grundgesetz verletzt, vollziehen. Entscheidung und Vollzug können in diesem Verfassungsverstoß nicht getrennt werden. Die Grundgesetzverletzung erstreckt sich auf Grund dieser Verflechtung auf die Entscheidungen der Landesbehörden. Die gesamten Entscheidungsstrukturen im Bereich des Glückspielwesens, in dem das Glückspielkollegium die maßgeblichen Beschlüsse trifft, sind verfassungswidrig. Sie sind zeitnah durch eine umfassende Reform in die Grenzen der Verfassung zu führen.

Augsburg, im Juni 2015



Prof. Dr. Gregor Kirchhof