



HERAUSGEBER

Dr. Jan D. Bonhage
Prof. Dr. Christoph Busch
Dr. Kuuya J. Chibanguza
Prof. Dr. Bernd J. Hartmann
Prof. Dr. Matthias Knauff
Prof. Dr. Markus Köhler
Prof. Dr. Mary-Rose McGuire
Dr. Benedikt Quarch
Marlene Schreiber
Prof. Dr. Meinhard Schröder
Alireza Siadat
Dr. Nina-Luisa Siedler
Dr. Hans Steege
Oliver Süme
Dr. Thorsten Voß
Prof. Dr. Sebastian Wündisch

SCHRIFTLEITUNG

Prof. Dr. Bernd J. Hartmann
Prof. Dr. Mary-Rose McGuire

AUS DEM INHALT

Industrie 4.0

Lukas, Automatisierte Verträge durch Machine-to-Machine-Kommunikation in der Industrie 4.0

E-Commerce

Hartmann/Schaaf, Zur Inkonsistenz der Regulierung virtuellen und terrestrischen Automatenspiels

Meyer, Produkthaftung in der Plattformökonomie: Neue Haftungsrisiken für Online-Marktplätze?

Lehmann/Schindler, Die Autovervollständigungsfunktion von Suchmaschinen

Sommer/Harloff, Eine Prüfung mit vielen Folgefragen – Direktmarketing und E-Mail-Tracking

Digitaler Staat

Bernzen, Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der gerichtlichen Entscheidungspublikation

Querschnitt

Towfigh/Fecke, Die Digitalisierung des Rechts als Herausforderung für Arbeitsmarkt und Ausbildung

Nadeborn, Strafrechtliche Beratung bei unbefugtem Zugriff auf Unternehmensdaten

8

Heft 8
August 2022
Seiten 275–311
2. Jahrgang
Art.-Nr. 09672208



Wolters Kluwer

Herausgeber

Dr. Jan D. Bonhage, Prof. Dr. Christoph Busch, Dr. Kuuya J. Chibanguza, Prof. Dr. Bernd J. Hartmann, Prof. Dr. Matthias Knauff, Prof. Dr. Markus Köhler, Prof. Dr. Mary-Rose McGuire, Dr. Benedikt Quarch, Marlene Schreiber, Prof. Dr. Meinhard Schröder, Alireza Siadat, Dr. Nina-Luisa Siedler, Dr. Hans Steege, Oliver Süme, Dr. Thorsten Voß, Prof. Dr. Sebastian Wündisch

Schriftleitung

Prof. Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia)
Prof. Dr. Mary-Rose McGuire, M. Jur. (Göttingen)

Inhalt 8 · 2022

ZdiW aktuell

0.2

Die Autovervollständigungsfunktion von Suchmaschinen

Impressum

0.4

Lennard Lehmann/Paulina Schindler

292

Editorial

Digital Services Act: Wer wird zuständig für die Plattformaufsicht?

275

Prof. Dr. Christoph Busch

Eine Prüfung mit vielen Folgefragen – Direktmarketing und E-Mail-Tracking

Dr. Barbara Sommer/Paul Harloff

297

Digitaler Staat

Industrie 4.0

Automatisierte Verträge durch Machine-to-Machine-Kommunikation in der Industrie 4.0

277

Arnold J. F. Lukas, LL.M.

Die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der gerichtlichen Entscheidungspublikation

Dr. Anna K. Bernzen

301

Querschnitt

E-Commerce

Zur Inkonsistenz der Regulierung virtuellen und terrestrischen Automatenspiels

283

Prof. Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M./Henning Schaaf

Die Digitalisierung des Rechts als Herausforderung für Arbeitsmarkt und Ausbildung

Prof. Dr. Emanuel V. Towfigh/Mike Fecke, LL.B.

305

Produkthaftung in der Plattformökonomie: Neue Haftungsrisiken für Online-Marktplätze?

287

Lennart Meyer

Strafrechtliche Beratung bei unbefugtem Zugriff auf Unternehmensdaten

Diana Nadeborn

309

E-Commerce

Überblick

Zur Inkonsistenz der Regulierung virtuellen und terrestrischen Automatenspiels

Prof. Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia)/Dipl.-Jur. Henning Schaaf*

Der GlüStV 2021 erlaubt erstmals virtuelles Automatenspiel. Gem. § 3 Ia 1 GlüStV 2021 ist das virtuelle eine »Nachbildung[g]« des terrestrischen Spiels. Ist dementsprechend die Wartezeit, die für das virtuelle Spiel am Computer gilt, eine Nachbildung des Mindestabstands, der zwischen Spielhallen und damit für das terrestrische Spiel gilt? Dieser Aufsatz verneint die Frage und zeigt: Die Staatsvertragsparteien haben die Suchtgefahren von virtuellem und terrestrischem Spiel widersprüchlich eingeschätzt. Das Mindestabstandsgebot verstößt gegen das grundgesetzliche Konsistenz- und das unionsrechtliche Kohärenzgebot.

I. Erlaubnisfähigkeit virtuellen Automatenspiels

Wer früher in eine Spielbank, Spielhalle oder Gaststätte gehen musste, um am einarmigen Banditen sein Glück zu versuchen, kann nun auch die virtuelle Variante nutzen: am Smartphone, Tablet oder am PC, per Mausclick oder Fingertip. Diese Möglichkeit besteht aufgrund des GlüStV 2021, der virtuelle Automaten Spiele erstmals erlaubt. Anlässlich dieser Neuerung stellt sich die Frage, wie das virtuelle im Vergleich zum terrestrischen Automatenspiel geregelt ist. Gegenstand dieses Beitrags sind vorrangig jene beiden Instrumente, mit denen die Staatsvertragsparteien dasselbe Ziel verfolgen: Der »Abkühlung« des Spielers¹ soll beim terrestrischen Automatenspiel das Mindestabstandsgebot zwischen Spielhallen gem. § 25 I GlüStV 2021 und beim virtuellen Automatenspiel die Wartezeit² (bzw. die Wartezeit)³ gem. § 6h IV 1 GlüStV 2021 dienen.

II. Fachgesetzliche Vorgaben

1. Terrestrisches Automatenspiel in Spielhallen: quantitative und qualitative Regulierung

Terrestrisches Automatenspiel ist nicht legaldefiniert. Es findet in Spielbanken, Gaststätten und Spielhallen statt. So unterschiedlich die Standorte, so unterschiedlich die Rechtsquellen: Das terrestrische Automatenspiel in Spielhallen, auf die sich diese Abhandlung konzentriert, unterfällt der GewO, der SpielV, dem GlüStV 2021 und den jeweiligen Ausführungsgesetzen der Länder.

Diese Regelwerke enthalten zahlreiche Beschränkungen quantitativer und qualitativer⁴ Art. Eine quantitative Regelung zielt auf die zahlenmäßige Begrenzung des Glücksspielangebots. Eine qualitative Regelung macht die Zulassung eines Anbieters von näher bestimmten inhaltlichen Anforderungen abhängig. Die qualitativen Anforderungen betreffen insbesondere den Inhalt und den Ablauf des Automatenspiels.⁵ Als qualitative Regelung stellt sich etwa das Werbeverbot (§ 26 I GlüStV 2021) dar; eine quantitative Regelung ist vor allem das Mindestabstandsgebot zwischen Spielhallen. Erstmals seit dem 01.07.2012 in Geltung, findet es sich bis heute der Sache nach unverändert in § 25 I GlüStV 2021. Die Ausführungs-

gesetze der Länder regeln gem. § 25 I 2 GlüStV 2021 »[d]as Nähere«, bemessen also insbesondere den vorgeschriebenen Mindestabstand konkret. Er reicht von regulär 100 m in Niedersachsen gem. § 4 Satz 1 NSpielHG bis zu maximal 500 m etwa in Baden-Württemberg gem. § 42 I LGlüG BW. Der Mindestabstand bewirkt, vereinfacht gesagt, dass in einem Kreis mit diesem Radius und der Spielhalle im Mittelpunkt keine weitere Spielhalle erlaubnisfähig ist. Wer eine Spielhalle verlässt, muss das terrestrische Spiel aussetzen, bis er die nächste Spielhalle erreicht.

2. Virtuelles Automatenspiel: qualitative Regulierung

Die Veranstaltung und der Eigenvertrieb des virtuellen Automatenspiels sind erst seit dem 01.07.2021 gem. § 4 IV 1 GlüStV 2021 erlaubnisfähig. »Virtuelle Automaten Spiele« legaldefiniert § 3 Ia 1 GlüStV 2021 als »im Internet angebotene Nachbildungen terrestrischer Automaten Spiele«. Deren Erlaubnisfähigkeit regelt § 4 V GlüStV 2021. Die Behörde entscheidet gebunden über den Anspruch auf Erlaubniserteilung. Quantitativ kennt das geltende Recht keine Beschränkung: Das virtuelle Automatenspiel ist nicht kontingentiert. Liegen die Voraussetzungen vor, muss die zuständige Behörde die Erlaubnis erteilen.⁶ Qualitative Regelungen dagegen gibt es einige. Hier sei nur das Wartezeitgebot genannt, das § 6h IV 1 GlüStV 2021 legaldefiniert. Es bewirkt, dass ein Spieler fünf Minuten warten muss, bevor er von einem zum anderen Anbieter virtuellen Glücksspiels wechselt. Die Wartezeit könnte, so gesehen, als »Pendant«⁷ zum Mindestabstand bezeichnet werden.

* Prof. Dr. Hartmann, Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschaftsrecht und Verwaltungswissenschaften, ist Geschäftsführender Direktor des Instituts für Staats-, Verwaltungs- und Wirtschaftsrecht (ISVWR) an der Universität Osnabrück und Mitglied der Schriftleitung der ZdiW. Henning Schaaf ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am genannten Institut. Der Aufsatz gründet auf Teilen eines Gutachtens, das der Erstverfasser der VDAI Verlags- und Veranstaltungsgesellschaft mbH erstattet hat und das im Nomos-Verlag erscheint (Hartmann/Schaaf, Mindestabstände zwischen Spielhallen, Baden-Baden 2022).

1 Für Mindestabstände s. ausdrücklich Begründung der Staatsvertragsparteien, S. 29, abrufbar unter https://mi.sachsen-anhalt.de/fileadmin/Bibliothek/Politik_und_Verwaltung/MI/MI/3_Themen/Gluecksspiel/201029_Gluecksspielstaatsvertrag_2021_endgueltrig_Erlaeuterungen.pdf (alle Links zuletzt abgerufen am 15.06.2022); für das Wartezeitgebot s. dort S. 72: »Diese Frist führt ähnlich wie Abstandsregelungen für Spielhallen im terrestrischen Bereich zu einer Spielpause, in der sich der Spieler seines Spielverhaltens bewusst werden kann«.

2 So die Legaldefinition in § 6h IV 1 GlüStV 2021.

3 So die amtliche Überschrift des § 6h GlüStV 2021.

4 Siehe zu den Gemeinsamkeiten und Unterschieden Hartmann/Schaaf, Mindestabstände zwischen Spielhallen, 2022, S. 152–164, insb. Abb. 2 und 3.

5 Zur Definition Hartmann/Barczak ZFWG 2019, 8, 11.

6 Ebenso Pagenkopf NJW 2021, 2152 Rn. 35; Reeckmann ZFWG 2020, 345, 348.

7 Mit diesem Begriff Lohse ZFWG Sonderbeilage 3/2020, 1, 19, 22, dort aber ablehnend.

3. Zusammenfassung: unterschiedliche Regelungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten

Virtuelles Automatenspiel ist erst seit kurzem zulässig. Die Staatsvertragsparteien haben es im Vergleich zum terrestrischen Spiel teils übereinstimmend, teils ähnlich und teils unterschiedlich reguliert. Dieser Umstand macht eine Neubewertung der Mindestabstandsgebote zwischen Spielhallen notwendig. Als die Mindestabstandsgebote flächendeckend erlassen worden sind, am 01.07.2012, war virtuelles Automatenspiel verboten, und die beiden Spielformen mussten nicht miteinander verglichen werden. Das ist heute anders.

III. Maßstab höherrangigen Rechts

Die Mindestabstandsgebote und das Wartezeitgebot, beide (auch) in den Umsetzungsgesetzen der Länder zum GlüStV 2021 zu finden, müssen sich nicht nur am Grundgesetz und am Unionsrecht, sondern auch am Landesverfassungsrecht messen lassen. Aus Letzterem ergeben sich im konkreten Fall jedoch keine Anforderungen, die über das Grundgesetz bzw. das Unionsrecht hinausgehen.⁸ Diese Betrachtung spart das Landesverfassungsrecht daher aus.

1. Verfassungsrecht: Berufsfreiheit und Gleichheitssatz führen zu Konsistenzgebot

Mindestabstandsvorgaben und das Wartezeitgebot greifen in die Berufsfreiheit gem. Art. 12 I GG ein.⁹ Das BVerfG unterscheidet die Rechtfertigungsanforderungen bekanntlich nach der Intensität des Eingriffs (sog. Drei-Stufen-Lehre): Die Rechtfertigungsanforderungen wachsen mit den Stufen.

1. Berufsausübungsregelungen betreffen das »Wie« der Berufstätigkeit.
2. Subjektive Berufswahlregelungen gelten dem »Ob« der Berufstätigkeit und knüpfen an Voraussetzungen an, die in der Person des Berufstätigen liegen.
3. Objektive Berufswahlregelungen betreffen gleichfalls das »Ob« der Berufstätigkeit, knüpfen aber an Anforderungen an, die der Grundrechtsträger nicht beeinflussen kann.¹⁰

Verfassungsrechtliche Anforderungen folgen außerdem aus dem allgemeinen Gleichheitssatz. Art. 3 I GG gebietet, wesentlich Gleiches gleich zu behandeln.¹¹ Die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung setzt das Vorliegen eines sachlichen Grunds voraus. Der Gleichheitssatz ist aber nur bei Ungleichbehandlungen anwendbar, die derselbe Hoheitsträger vornimmt, wie sich systematisch aus Art. 70 ff. GG ergibt.¹² Mindestabstandsgebote und Wartezeitgebot erfüllen diese Voraussetzung, da sie beide im Staatsvertrag und im jeweiligen Landesrecht geregelt sind.

Außerdem verpflichtet das Grundgesetz den Gesetzgeber, der das Glücksspielrecht regelt, auf Konsistenz:¹³ Eingriffe sind »konsistent«,¹⁴ d.h. »konsequent«¹⁵ am gesetzgeberischen Ziel auszurichten.¹⁶ Das Gebot, welches das BVerfG näher beschrieben hat und das seinem Inhalt nach ein Gleichheitsrecht ist,¹⁷ schränkt den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ein.¹⁸ Es formuliert eine Rechtfertigungsvoraussetzung, die als verfassungsrechtliches Gebot sowohl für Eingriffe in Freiheitsrechte (Art. 12 I, Art. 14 I GG) als auch für Ungleichbehandlungen im Sinn des Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG) gilt.¹⁹ Das BVerfG hat das Konsistenzgebot als Gebot sektoraler (vertikaler) Konsistenz beschrieben. Die Rechtsprechung verlangt innerhalb eines Glücksspielsektors, dass die Regelungen konsequent an den Zielen des Gesetzgebers ausgerichtet sind.²⁰ Dogmatisch auf Art. 3 I GG aufbauend, gilt das Konsistenzgebot nur gegenüber demselben Hoheitsträger.²¹

2. Unionsrecht: Dienstleistungsfreiheit und Kohärenzgebot

Auch das Unionsrecht enthält Vorgaben für die Regulierung des Glücksspielrechts. Spielhallenbetreiber schützt vor allem die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 Unterabs. 1 AEUV).²² Die Anforderungen treffen die nationalen Gesetzgeber und verlaufen inhaltlich weitgehend parallel zum nationalen Verfassungsrecht.²³ Angemerkt sei hier insbesondere, dass das Unionsrecht im Vergleich zum verfassungsrechtlichen Konsistenzgebot gesteigerte Anforderungen enthält. Das unionsrechtliche Kohärenzgebot verlangt, innerhalb eines Rechtskreises Systeme mit gleicher Zielsetzung so auszugestalten und zu entwickeln, dass in der Regulierung einzelner Sektoren keine Widersprüche entstehen.²⁴ Im Gegensatz zum nationalen Konsistenzgebot wirkt das Kohärenzgebot sowohl innerhalb eines Glücksspielsektors (»vertikale Kohärenz«)²⁵ als auch sektorenübergreifend (»horizontale Kohärenz«).^{26,27} Letztlich verlangt der EuGH die Stimmigkeit der gesamten Glücksspielregulierung.²⁸

IV. Rechtliche Würdigung

1. Rechtlich und tatsächlich gleiche Automatenspiele

Virtuelles und terrestrisches Automatenspiel sind rechtlich gleich. Das folgt zum einen aus der Regelung des Automatenspiels als Oberbegriff mit den beiden Unterfällen des virtuellen und des terrestrischen Automatenspiels. Die Adjektive virtuell

- 8 Hufen, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 20.
- 9 S. nur BVerfGE 145, 20 Rn. 127; Dietlein ZFWG 2008, 77, 78; Krüper GewArch 2017, 257, 262; aus dem Eingriff in Art. 14 I GG folgen im konkreten Fall keine weitergehenden Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung, s.a. BVerfGE 145, 20 Rn. 169.
- 10 S. zum Ganzen BVerfGE 7, 377, 405–408; Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 12 Rn. 33–36, 43.
- 11 S. nur v. Mangoldt u.a./Wollenschläger, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 I Rn. 40.
- 12 Ausführlicher Hartmann/ders./Jansen, Hausarbeit im Staatsrecht, 4. Aufl. 2020, S. 246 Rn. 78.
- 13 S. dazu BVerfGE 115, 276, 310–317; Hartmann/Pieroth/Hartmann, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 97, 116–118.
- 14 BVerfGE 115, 276, 319; BVerfGK 15, 263, 268, 270.
- 15 BVerfGE 115, 276, 310, 313, 319; BVerfGK 10, 525, 531; BVerwGE 138, 201 Rn. 32.
- 16 Grundlegend BVerfGE 115, 276, 310; s. zu beidem Hartmann/Pieroth/Hartmann (s. Fn. 13), S. 116–118.
- 17 Zu Herleitung und Inhalt s. nur Hartmann/Pieroth/Hartmann (s. Fn. 13), S. 116 f.
- 18 Makswit, Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht, 2015, S. 298.
- 19 Hartmann/Pieroth/Hartmann (s. Fn. 13), S. 116; a.A. Makswit (s. Fn. 18), S. 301 f.; nur Art. 3 I GG.
- 20 Ausdrücklich BVerfGK 15, 263, 268: »Das Sportwetten-Urteil (BVerfGE 115, 276) lässt ausreichend deutlich erkennen, dass es aus verfassungsrechtlicher Sicht auf eine »Kohärenz und Systematik« des gesamten Glücksspielsektors [...] grundsätzlich nicht ankommt«; vgl. Makswit (s. Fn. 18), S. 299; a.A. zur Rspr. des BVerfG inzwischen Dietlein NVwZ 2017, 1667, 1669.
- 21 Hartmann/Pieroth/Hartmann (s. Fn. 13), S. 117.
- 22 S. dazu Barczak/Hartmann, Kohärenz im Glücksspiel, 2021, S. 1–18; Gebhardt/Kortel/Enmuschat/Güldner, Glücksspiel, 2. Aufl. 2018, S. 205, Rn. 3–13.
- 23 Barczak/Hartmann (s. Fn. 22), S. 7–18.
- 24 Brüning NVwZ 2013, 23, 25.
- 25 Barczak/Hartmann (s. Fn. 22), S. 13, auch zu Synonymen.
- 26 Barczak/Hartmann (s. Fn. 22), S. 15, auch zu Synonymen.
- 27 Zu den Einzelheiten s. Hartmann EuZW 2014, 814, 815.
- 28 EuGH NVwZ 2010, 1422 Rn. 62–71; s. dazu nur Barczak/Hartmann (s. Fn. 22), S. 15–18 m.w.N.; Hartmann/Pieroth/Hartmann (s. Fn. 13), S. 110–115.

und terrestrisch beschreiben verschiedene Eigenschaften desselben Automatenspiels. Dabei bedeutet das Wort »virtuell« laut Duden in diesem Zusammenhang

»nicht echt, nicht in Wirklichkeit vorhanden, aber echt erscheinend, dem Auge, den Sinnen vortäuschend [...]«;

[virtuell]e Realität vom Computer simulierte Wirklichkeit, künstliche Welt, in die sich jemand mithilfe der entsprechenden technischen Ausrüstung scheinbar hineinversetzen kann²⁹.

Das virtuelle Automatenpiel simuliert das terrestrische Automatenpiel insofern täuschend echt, als dass die Spielinhalte des virtuellen Automatenspiels dem terrestrischen Automatenpiel in Spielhallen, Gaststätten und Spielbanken nachempfunden sind; nur die »Spielregeln« (z.B. Geldeinsatz, Zeitaufwand, Zugang) unterscheiden sich. Die Wortlautbezeichnung ist treffend: Der Gesetzgeber hat das virtuelle Automatenpiel – wie gesehen – in Abhängigkeit vom terrestrischen Vorbild als dessen »Nachbildung[g]« legaldefiniert.³⁰ Ob es sich um die Nachbildung des Automatenspiels in Spielbanken bzw. Spielhallen handelt, ist dabei laut Staatsvertragsbegründung unerheblich.³¹ Die Vertragsparteien gehen also selbst davon aus, dass virtuelles und terrestrisches Automatenpiel wesentlich gleich sind.

Zum anderen substituiert ein objektiver Durchschnittsspieler³² das terrestrische durch das virtuelle Automatenpiel auch tatsächlich. Das belegen neuere Studien. Dass Spieler das eine (Glücksspiel-)Produkt durch ein anderes ersetzen, lässt sich nachhalten, wenn die Verfügbarkeitsbeschränkung oder Preiserhöhung bei dem einen die Nachfrage nach dem anderen Produkt steigert (sog. positive Kreuzpreiselastizität).³³ Auf dieser Grundlage gibt es zu den Substitutionseffekten des terrestrischen durch das virtuelle Automatenpiel verschiedene, teils alte Studien mit verschiedenen Ergebnissen.³⁴ Die meisten (neueren) Studien kämen jedoch zu einem Substitutionseffekt in einer Größenordnung von 15 % bis 30 %.³⁵ Mit der Zeit und steigendem Vertrauen der Kunden in virtuelles Automatenpiel werde, so die Vorhersage, der Substitutionseffekt beim Glücksspiel noch weiter ansteigen, da auch der Anteil der »digital natives« an der Gesamtbevölkerung steige.³⁶ Festzuhalten ist: Terrestrisches und virtuelles Automatenpiel sind rechtlich und tatsächlich als gleiche Spiele zu betrachten.

2. Unterschiedliche Eingriffsschwere von Mindestabstands- und Wartezeitgebot

Trotz dieser wesentlichen Gleichheit haben die Staatsvertragsparteien unterschiedlich schwere Eingriffe in die Berufsfreiheit der Spielhallenbetreiber geschaffen, wie sich anhand der Drei-Stufen-Lehre nachweisen lässt: Das Mindestabstandsgebot gem. § 25 I GlüStV 2021 beschränkt die Zahl maximal zulässiger Spielhallenerlaubnisse, weil der öffentliche Raum endlich ist. Anknüpfungspunkt ist der Abstand zur nächsten Spielhalle und damit ein kartographischer Umstand, den der Spielhallenbetreiber nicht selbst beeinflussen kann. Im Ergebnis liegt in der Mindestabstandsregelung deshalb eine (quantitative) objektive Berufswahlregelung.³⁷

Die Wartezeit beim Wechsel zwischen zwei virtuellen Automatenpielen gem. § 6h IV 1 GlüStV 2021 gibt hingegen vor, wie die Software eines virtuellen Automatenspiels gestaltet sein

muss. Das Wartezeitgebot beschränkt somit nicht die Höchstzahl zulässiger Anbieter, nicht den Zugang zum Beruf; es stellt bloß eine Berufsausübungsregelung dar. Die derzeitige Regelung der Mindestabstände beschränkt die Anbieter des terrestrischen Automatenspiels folglich stärker als die des virtuellen.

3. Gleiche Spiele – ungleiche Regulierung

Die unterschiedlichen Regelungen könnten gegen das verfassungsrechtliche Konsistenz- und das unionsrechtliche Kohärenzgebot verstoßen. Das im wesentlichen gleiche virtuelle und terrestrische Automatenpiel regelt derselbe Gesetzgeber unterschiedlich. Unter diesen Voraussetzungen liegt ein Verstoß gegen das Konsistenzgebot insbesondere vor, falls sich die Unterschiedlichkeit der Regeln vor dem verfolgten Zweck, dem Spielerschutz, nicht stimmig begründen lässt.

a) Höhere Gefährlichkeit des virtuellen Automatenspiels

Die Vertragsparteien des GlüStV 2021 gehen davon aus, dass Wartezeit und Mindestabstand dasselbe Ziel erfüllen, indem beide eine »Abkühlung« bewirken, und bemessen die Wartezeit dementsprechend ausdrücklich in Anlehnung an das Abstandsgebot.³⁸ Die Instanzgerichte nehmen seit dem Inkrafttreten des GlüStV 2021 an, dass beide Spielformen unterschiedlich seien, freilich ohne auf die Wertung der Vertragsparteien gem. § 3 Ia 1 GlüStV 2021 auch nur mit einem Wort einzugehen;³⁹ höchstgerichtliche Entscheidungen existieren bisher nicht.

Legt man die Rechtsprechung des EuGH und der hiesigen Gerichte⁴⁰ zu Grunde, ist davon auszugehen, dass das virtuelle Automatenpiel die größeren Gefahren insbesondere für Jugendliche und pathologische sowie problematische Spieler verursacht. Ausweislich mehrerer Studien wiesen Spieler virtuellen Glücksspiels eine höhere Risikobereitschaft auf, weshalb bei ihnen eine höhere Suchtgefahr bestehe als bei Spielern an terrestrischen Geräten.⁴¹ Die Steigerung der Suchtgefahr folge aus dem fehlenden Kontakt zwischen Anbieter und Verbraucher, dem leichten und ständigen Zugang zum Internet,⁴² der damit einhergehenden Konsummengen, -dauer und

29 Duden, Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, Bd. X, 3. Aufl. 1999, S. 4331, Hervorhebungen dort.

30 S. vor Fn. 6.

31 S. nur Begründung der Staatsvertragsparteien (s. Fn. 1), S. 33 f.

32 Vgl. Barczak/Hartmann (s. Fn. 22), S. 53, 57, 72 m.w.N.

33 Lohse ZfWG Sonderbeilage 3/2020, 1, 8 f.

34 Zu den älteren Studien Hayer ZfWG 2016, 173, 174.

35 S. ausführlich bei Lohse ZfWG Sonderbeilage 3/2020, 1, 9–14; mit ähnlichem Ergebnis für Großbritannien auf S. 11; insb. jüngere Spieler bevorzugten virtuelles Glücksspiel (in Deutschland: 58 %) gegenüber der terrestrischen Variante s. YouGov, International Gambling Report 2021, S. 6.

36 Lohse ZfWG Sonderbeilage 3/2020, 1, 11 f.

37 So Krüper/Hartmann, Strukturfragen der Glücksspielregulierung, 2019, S. 21, 37 f.; im Ergebnis ebenso BVerfGE 145, 20 Rn. 132; a.A. BVerfGE 157, 126 Rn. 36 f.; Beaucamp DVBl 2015, 1473, 1477.

38 S. dazu schon bei und in Fn. 1.

39 OVG Hamburg 18.08.2021, 4 Bs 193/21, juris, Rn. 35–40; OVG Lüneburg NdsVbl. 2022, 57, 59 f.; VG Karlsruhe 01.10.2021, 1 K 2308/21, juris, Rn. 24 f.

40 BVerfGE 115, 276, 315; BVerfGE 140, 1 Rn. 21; 160, 193 Rn. 31 f.; weitere Nachweise bei Barczak/Hartmann (s. Fn. 22), S. 59 in Fn. 288.

41 S. mit Bezug auf mehrere Studien Lohse ZfWG Sonderbeilage 3/2020, 1, 7 f.; eine hohe Suchtprävalenz lässt sich auch bei Banz, Glücksspielverhalten und Glücksspielsucht in Deutschland, 2019, S. 161 feststellen, dort aber ohne Aufschlüsselung der einzelnen Spielformen im Internet pauschal als »Casinospiele im Internet«.

42 So auch Makswit (s. Fn. 18), S. 56–58 m.w.N. in Fn. 22.

-häufigkeit sowie der Isolation des Spielers,⁴³ der anonym und ohne soziale Kontrolle handeln könne.⁴⁴ Hinzu komme, dass im Internet ein größerer illegaler Markt vorhanden sei und Werbung personalisiert erfolge und so viel wirkungsvoller ausfalle.⁴⁵ Diese Studien sind nicht ohne Widerspruch geblieben.⁴⁶ In der Tat ist es nicht ausgemacht, ob sich die besonderen Risiken des virtuellen Automatenspiels nicht gerade durch besondere Vorkehrungen technischer Art ausgleichen lassen.⁴⁷ Jedenfalls derzeit sind solche Vorkehrungen aber noch nicht vollständig umgesetzt.

Eine der Suchtforschung angenäherte Betrachtung kann auf Grundlage des sog. Drei-Faktoren-Modells erfolgen. Demnach sind für eine Glücksspielstörung individuelle, strukturelle und situative Merkmale entscheidend: Das individuelle Merkmal zielt auf die Person, die am Glücksspiel teilnimmt. Strukturelle Merkmale sind Eigenschaften, die ein Glücksspiel sowie seinen Verlauf kennzeichnen, und situative Merkmale sind solche der Umgebung, in der das Spiel stattfindet.⁴⁸ Dies zugrunde gelegt, können die individuellen Merkmale außen vor bleiben, weil die abstrakt-generellen Regelungen jedes Individuum erfassen, unabhängig davon, ob die Person virtuell oder terrestrisch spielt.

Es kommt somit auf die situativen und strukturellen Merkmale der Automatenspielformen an. Hier ergeben sich Unterschiede. Zum einen finden virtuelles und terrestrisches Spiel in unterschiedlichen Umgebungen statt. Während das terrestrische Spiel nur in Spielbanken, Spielhallen und Gaststätten erlaubt ist, kann das virtuelle Automatenspiel überall stattfinden. Während der Spieler terrestrisch typischerweise in Gegenwart anderer Spieler und des Spielhallenpersonals spielt, ist er bei virtuellem Automatenspiel nicht selten allein. Mit Blick auf die strukturellen Merkmale der beiden Spielformen kennzeichnet das virtuelle Automatenspiel ein bis zu fünffach höherer Maximalinsatz (§ 13 Nr. 2 Halbs. 2 SpielV gegenüber § 22a VII 1 GlüStV 2021) und ein unbegrenzter Maximalgewinn (§ 13 Nr. 2 Halbs. 2, Nr. 5 Satz 1 SpielV gegenüber keiner Regelung). Der Anreiz, hohe Gewinne durch hohe Einsätze zu erlangen, ist für Spieler virtuellen Spiels deswegen weitaus höher. Gleiches gilt für den Anreiz, aufgelaufene Verluste möglichst im nächsten Spiel »auf einen Schlag« auszugleichen. Dabei sieht das virtuelle Automatenspiel, anders als das terrestrische (s. § 13 Nr. 4 SpielV), keinen Maximalverlust vor: Der Spieler kann in kürzester Zeit sein gesamtes Guthaben verlieren. Dafür ermöglicht nur das virtuelle Automatenspiel eine Kurzzeitssperre (§ 6i III GlüStV 2021), eine Selbstlimitierung (§ 6c GlüStV 2021) und ein maximales anbieterübergreifendes Einzahlungslimit, das monatlich 1.000,00 € nicht überschreiten darf (§ 6c I 2 GlüStV 2021). Doch der regulatorische »Vorteil« des terrestrischen gegenüber dem virtuellen Automatenspiel wird aufgehoben durch den beim virtuellen Automatenspiel höheren Maximalinsatz, den unbegrenzten Höchstgewinn, die unbegrenzte Konzessionsvergabe und die unbegrenzte räumliche wie zeitliche Verfügbarkeit.⁴⁹ Insgesamt stützt das Drei-Faktoren-Modell daher die Annahme, dass virtuelles Automatenspiel die größere Suchtgefahr ausweist.⁵⁰ Die rechtlich und tatsächlich gleiche Spielform des Automatenspiels (s.o.) kennzeichnen – je nach Umfeld (terrestrisch oder virtuell) – unterschiedliche situative und strukturelle Merkmale. Dasselbe Automatenspiel ist daher allein deshalb gefährlicher, wenn der Spieler statt in einer terrestrischen in einer virtuellen Umgebung spielt.

b) Widersprüchliche Begründung im Staatsvertrag

Die Vertragsparteien des GlüStV 2021 anerkennen diese Unterschiede durchaus. Nur halten sie sie, anders als unter dem

GlüStV 2012, aus Konsistenz- und Kohärenzgesichtspunkten nunmehr für unbedeutend: Virtuelles Glücksspiel sei weniger verfügbar, da ein Spieler zunächst ein Programm bzw. eine App installieren müsse. Die Wartezeit beschränke die Verfügbarkeit weiter. Beim virtuellen Automatenspiel gebe es zudem keine suchtfördernden Aspekte, wozu das Mehrfachspielverbot (§ 6h I GlüStV 2021) beitrage. Schließlich sei das Umfeld ein anderes und ließen sich die meisten Glücksspielstörungen noch immer auf das terrestrische Automatenspiel zurückführen.⁵¹

Die Begründungen der Vertragsparteien überzeugen nicht. Eine App zu installieren, etwa auf dem Smartphone, stellt schon deshalb keine relevante Hürde für die Teilnahme am virtuellen Glücksspiel dar, weil die Installation einmalig erfolgt und nur wenige Sekunden dauert. Das Pendant für die Teilnahme am terrestrischen Automatenspiel, sich jeweils neu auf den Weg in die Spielhalle zu machen, ist jedenfalls eine deutlich höhere Hürde.

Auch die Verfügbarkeit der Angebote ist kein Grund für eine Beschränkung des terrestrischen, sondern wäre allenfalls ein Grund für die Beschränkung des virtuellen Automatenspiels. Virtuelles Automatenspiel ist in der Hosens-, Jacken- oder Handtasche allorten buchstäblich greifbar, und es steht dem Spieler (mangels Sperrzeiten, wie sie für die Öffnungszeiten von Spielhallen gelten) jederzeit zur Verfügung.⁵² Die ubiquitäre, allgegenwärtige Verfügbarkeit ist sogar noch dadurch gesteigert, dass das virtuelle Automatenspiel beworben (vgl. dagegen § 26 I GlüStV 2021) und sogar personalisiert beworben werden darf. Die Versuchung, virtuell zu spielen, steigt entsprechend.⁵³

c) Ergebnis: gleiche Spiele – ungleiche Regelung

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Spieler und die Staatsvertragsparteien virtuelles und terrestrisches Spiel für wesentlich gleich halten. Terrestrisches ist strenger reguliert als virtuelles Automatenspiel, obwohl das virtuelle Spiel wesentlich größere Suchtgefahren erzeugt. Die beiden Spielformen sind also aus Sicht eines objektiven Durchschnittsspielers gleich, in ihrer Suchtgefahr und ihrer Regulierung aber ungleich. Die derzeitigen Regelungen verfehlen ein – in diesem Zusammenhang sei das Bild gestattet – »Level Playing Field« zwischen den Spielformen, sondern bevorzugen das virtuelle und damit gerade das gefährlichere Spiel.⁵⁴ So verstößt der

43 So auch *Krüper* Die Verwaltung 54 (2021), 34, 47; s. zu den Gerichten die Nachweise in Fn. 40.

44 EuGH MMR 2010, 840 – Carmen Media, Rn. 103; NVwZ 2011, 1119 – Zeturf, Rn. 80; ähnlich Gebhardt/Korte/Korte, Glücksspiel, 2. Aufl. 2018, S. 587 Rn. 3 f.

45 Hoffmann ZFWG 2021, 40, 44 f.

46 Nachweise bei *Barczak/Hartmann* (s. Fn. 22), S. 60 f.

47 Überlegungen dazu bei *Hartmann/Barczak* ZFWG 2019, 8, 11–13, und bei *Barczak/Hartmann* (s. Fn. 22), S. 61.

48 Insb. für Mindestabstandsregelungen *Becker*, Verfügbarkeit und Sucht beim Automatenspiel, 2016, S. 32–41; allgemein Meyer/Bachmann/Meyer, Spielsucht, 4. Aufl. 2017, S. 77, 78–129.

49 *Hartmann/Schaaf*, Mindestabstände zwischen Spielhallen, 2022, S. 153–156, mit einer Gegenüberstellung in Abb. 2 und 3.

50 Vgl. auch Fachbeirat Glücksspielsucht Lt. NRW Stellungn. 17/3586, S. 5; de lege ferenda krit. *Barczak/Hartmann* (s. Fn. 22), S. 61.

51 S. zu beiden Aussagen Begründung der Staatsvertragsparteien (s. Fn. 1), S. 29–31; der Gegensatz zu der Einschätzung der Vertragsparteien zum GlüStV 2012 bleibt unausgesprochen, s. nur Bay. Lt.-Drucks. 15/8486, S. 11, ähnlich S. 14 f.

52 *Lohse* ZFWG Sonderbeilage 3/2020, 1, 19.

53 *Lohse* ZFWG Sonderbeilage 3/2020, 1, 19.

54 Vgl. dazu auch *Lohse* ZFWG Sonderbeilage 3/2020, 1, 17–22.

Gesetzgeber gegen das verfassungsrechtliche Konsistenz- und das unionsrechtliche Kohärenzgebot.⁵⁵

d) Rechtsfolge: Pflicht zur Neuregelung

Ungleichbehandlungen, wie sie in einer inkonsistenten und inkohärenten Regelung des Automatenspiels liegen, kann der Gesetzgeber theoretisch auf drei Weisen beheben: Er kann das virtuelle wie das terrestrische, das terrestrische wie das virtuelle Automatenspiel oder beide Spielformen auf eine dritte gleiche Weise behandeln.⁵⁶ Praktisch indes entfällt die erste Variante, das virtuelle wie das terrestrische Automatenspiel zu behandeln. Mindestabstände lassen sich online nicht umsetzen: Der Weg, den der Spieler von dem virtuellen Automatenspiel der einen Website zu dem einer anderen Webseite zurücklegt, lässt sich nicht in Metern messen.

Auch die zweite Variante, also das virtuelle Spiel zu beschränken, ist kein gangbarer Weg: Das illegale Glücksspiel kam im Jahr 2019 auf einen Marktanteil in Höhe von rund 20 %⁵⁷ – schon dieser Wert widersprach und widerspricht dem Kanalisierungsgebot (vgl. § 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV 2021).⁵⁸ Beschränkte der Gesetzgeber das legale virtuelle Automatenspiel, wüchse der (nicht regulierte) Schwarzmarkt weiter.⁵⁹ Dabei ist der illegale Markt schon bislang (aufgrund der Verknappung legalen Spiels zeitweise) stärker gewachsen als der legale.⁶⁰ Bleibt also nur noch eine Möglichkeit, den Gleichheitsverstoß zu beseitigen: Der Gesetzgeber muss das terrestrische Automatenspiel quantitativ liberalisieren, das heißt, er muss den Mindestabstand mindestens verkürzen.⁶¹

V. Fazit: Mindestabstände mindestens minimieren

Das virtuelle Automatenspiel weist höhere Gefahren auf als das terrestrische. Der Glücksspielstaatsvertrag reguliert das terrestrische Spiel trotzdem strenger. Diese Benachteiligung der Anbieter terrestrischen Spiels verstößt gegen Verfassungs- und Unionsrecht. Es ist an der Zeit, die Mindestabstände zwischen Spielhallen zumindest zu minimieren.

55 Im Ergebnis ebenso *Krüper*, NRW Lt. Stellungn. 17/3644, S. 18; s. ausführlich *Hartmann/Schaaf*, Mindestabstände zwischen Spielhallen, 2022, S. 140–167.

56 Vgl. Hartmann/Pieroth/*Hartmann* (s. Fn. 13), S. 146.

57 *Peren/Clement*, Der deutsche Glücks- und Gewinnspielmarkt, 2016, S. 75; für 2019 liege der Anteil bei ca. 17 %, s. Jahresreport 2019 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder, S. 4, abrufbar unter https://www.im.nrw/system/files/media/document/file/gs_jahresreport2019.pdf; im Jahr 2020 kam es aufgrund der Coronapandemie am gesamten Markt zu erheblichen Senkungen, s. Jahresreport 2020 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder, S. 6, abrufbar unter: https://innen.hessen.de/sites/innen.hessen.de/files/2021-12/jahresreport_2020.pdf.

58 Ähnlich *Fuchs*, Das neue Glücksspielrecht unter besonderer Berücksichtigung von Online-Glücksspielen, 2016, S. 400.

59 *Peren/Clement* (s. Fn. 57), S. 82, 85; s.a. *Pagenkopf* NJW 2021, 2152 Rn. 8.

60 Endbericht des Landes Hessen, 2017, S. 27, abrufbar unter: https://innen.hessen.de/sites/innen.hessen.de/files/2021-06/evaluierungsbericht_des_landes_hessen_zum_gluecksspielstaatsvertrag.pdf; neuere Zahlen zeigen einen rückläufigen unregulierten Markt, s. Jahresreport 2019 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder (s. Fn. 57), S. 16; Jahresreport 2020 der Glücksspielaufsichtsbehörden der Länder (s. Fn. 57), S. 6, 16. Ursachen dafür seien die Coronapandemie und dass Sportwettenkonzessionen erteilt worden seien, s. dort S. 20 f.

61 Weitergehend *Lohse* ZfWG Sonderbeilage 3/2020, 1, 19.