

**Vereinbarkeit des Gesetzentwurfs für ein Landesgesetz
über Lotterien und Ausspielungen mit der Entscheidung des
Niedersächsischen Obergerichtes vom 9. Juni 1999**

A. Auftrag

Mit Schreiben vom 2. Juni 1999 hat die Landesregierung den Gesetzentwurf für ein Landesgesetz über Lotterien und Ausspielungen (im Folgenden: LottG-E)¹ im Landtag eingebracht. Die Ausschussberatungen sind mittlerweile abgeschlossen; die Zweite Beratung und damit auch die Schlussabstimmung im Plenum sind für den 21. Oktober 1999 vorgesehen. Der federführende Haushalts- und Finanzausschuss hat dem Landtag die Zustimmung empfohlen².

Der Gesetzentwurf sieht eine Neufassung und Zusammenführung der bislang in dem Landesgesetz über das Zahlenlotto in Rheinland-Pfalz und dem Lotteriegesezt geregelten Materie vor³. Wesentliche Neuerung gegenüber der bisherigen Rechtslage ist, dass Dritten künftig alternativ zu einer *Erlaubnis* zur Veranstaltung von Lotterien und Ausspielungen auch eine *Konzession* erteilt werden kann. Der maßgebliche Unterschied ist der, dass im Falle der Erlaubnis die Reinerträge unmittelbar den in der Erlaubnis bestimmten Förderungszwecken zufließen (§ 2 Abs. 1 S. 3 LottG-E), während bei der Konzession die Erträge in Höhe eines festgelegten Prozentsatzes (§ 9 Abs. 1 LottG-E) über eine Konzessionsabgabe in den Landeshaushalt einfließen, von wo aus sie mildtätigen, sozialen, kirchlichen, kulturellen, sportlichen und anderen gemeinnützigen Zwecken zukommen (§ 2 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 9 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 LottG-E).

¹ LT-Drucks. 13/4393.

² LT-Drucks. 13/4744.

³ LT-Drucks. 13/4393, S. 1.

Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes sind parlamentsinterne Stellungnahmen, die nicht für die öffentliche Diskussion außerhalb des Landtags bestimmt sind. Eine - auch nur auszugsweise - Veröffentlichung oder Verbreitung bedarf der Zustimmung des Direktors beim Landtag.

Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hat den Wissenschaftlichen Dienst gebeten zu überprüfen, ob der Gesetzentwurf - insbesondere was dessen §§ 3 Abs. 3 und 9 Abs. 1 S. 4 anbelangt - mit einem Urteil des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts vom 9. Juni 1999 (Az.: 11 L 5445/98) in Einklang steht⁴. Mit dieser Entscheidung hatte das Gericht die beklagte Bezirksregierung Hannover – ein Urteil des Verwaltungsgerichts Hannover vom 12. Juni 1998 bestätigend – verpflichtet, den klagenden Umwelt-, Naturschutz- und Entwicklungshilfeorganisationen die Zusicherung zu erteilen, zugunsten der von ihnen noch zu gründenden Stiftung die Veranstaltung einer landesweiten Lotterie für Umwelt und Entwicklung in Niedersachsen nach Maßgabe im Einzelnen bezeichneter Antragsunterlagen für die Dauer zunächst eines Jahres zu genehmigen. Dabei hat es vor allem darauf abgestellt, dass die gemeinnützige Förderung von Umweltschutz- und Entwicklungshilfeprojekten im Lottobereich unterrepräsentiert sei und deshalb ein „hinreichendes öffentliches Bedürfnis“ i.S. des § 11 Abs. 3 Nr. 1 des niedersächsischen Gesetzes über das Lotterie- und Wettwesen (NLottG) bestehe⁵. Auch allgemeine Ermessenserwägungen, die gegen die Erteilung einer Konzession sprechen könnten, seien im konkreten Fall nicht ersichtlich⁶.

Das Urteil ist noch nicht rechtskräftig. Nach Auskunft der Beklagten hat diese Nichtzulassungsbeschwerde erhoben mit dem Ziel, eine Abänderung der Entscheidung durch das Bundesverwaltungsgericht herbeizuführen. Die Kläger haben dem Vernehmen nach auch in anderen Bundesländern entsprechende Anträge bzw. – nach deren Ablehnung durch die zuständigen Behörden – Klagen eingereicht, so auch in Rheinland-Pfalz. Eine Gerichtsentscheidung liegt hier, soweit ersichtlich, allerdings noch nicht vor.

Im Folgenden werden nach einigen einleitenden Vorbemerkungen (unter I.) die insoweit maßgeblichen Vorschriften des Gesetzentwurfs auf ihre Rechtmäßigkeit hin untersucht (unter II.). Es sind dies die Voraussetzungen für die Vergabe einer Erlaubnis oder Konzession (§§ 2 Abs. 3, 3 Abs. 1 LottG-E) und – gemäß dem Prüfauftrag - der Ausschluss der Übertragbarkeit einer erteilten Konzession oder Erlaubnis

⁴ Mit dem Antrag, einen entsprechenden Prüfauftrag durch den Haushalts- und Finanzausschuss zu erteilen, war die Fraktion in der 56. Sitzung des Ausschusses vom 16.9.1999 gescheitert.

⁵ Nds. OVG, Urt. v. 9.6.1999 - Az.: 11 L 5445/98 -, S. 18 f. des Urteilsumdrucks.

⁶ Nds. OVG, Urt. v. 9.6.1999 - Az.: 11 L 5445/98 -, S. 21 des Urteilsumdrucks.

(§ 3 Abs. 3 LottG-E) sowie die Erhebung einer zusätzlichen Konzessionsabgabe (§ 9 Abs. 1 S. 4 LottG-E)⁷.

B. Stellungnahme

I.

Die Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des Glücksspielrechts in Deutschland obliegt gemäß Art. 70 Abs. 1 GG den Ländern, da sie nach dem Grundgesetz weder der ausschließlichen noch der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes zugewiesen ist⁸. Die Länder sind damit Inhaber der sog. Glücksspielhoheit, d.h. sie haben in diesem Regelungsbereich die Befugnis zur Rechtssetzung, zur Erlaubniserteilung, zur Kontrolle und zur Abwehr nicht genehmigter Glücksspiele⁹. Dem Bund kommen lediglich konkurrierende Gesetzgebungskompetenzen im Bereich des Strafrechts (Art. 74 Nr. 1 GG), des Rechts der Wirtschaft (Art. 74 Nr. 11 GG) und des Steuerrechts (Art. 105 Abs. 2 GG) zu¹⁰. Von Bedeutung ist insofern insbesondere die Strafgesetzgebung; nach § 287 StGB ist die Veranstaltung von öffentlichen Lotterien ohne behördliche Erlaubnis strafbar und damit grundsätzlich verboten. Die Erteilung der Erlaubnis bemisst sich nach Landesrecht¹¹.

Dem grundsätzlichen Verbot liegt die Wertung des Gesetzgebers zugrunde, dass das Glücksspiel ein verbreitetes menschliches Bedürfnis darstellt, ein Übermaß an Spielmöglichkeiten und das Fehlen staatlicher Lenkung und Kontrolle allerdings sozialschädlich wirkt, da die Gefahr der Vermögensschädigung durch Falschspiel, von sog. Anschlusskriminalität sowie von wirtschaftlicher und sozialer Verelendung durch das Entstehen von Abhängigkeit (Spielsucht) besteht¹². Die Erteilung der Erlaubnis nach Landesrecht ist vor diesem Hintergrund – dem Schutz der Menschen vor Ausbeutung des natürlichen Spieltriebes - zu sehen¹³. Das Glücksspielrecht der Länder

⁷ Dabei ist allerdings in anbetracht der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit in Teilen eine im wesentlichen kursorische Prüfung geboten.

⁸ Bargmann-Huber, BayVBl. 1996, 165; Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (398) m.w.Nachw.

⁹ Bargmann-Huber, BayVBl. 1996, 165 f.; Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (398 ff.).

¹⁰ Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (399).

¹¹ Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (399).

¹² Amtl. Begründung zu § 287 StGB, vgl. BT-Drucks. 13/8587, S. 67; OVG Rh.-Pf., GewArch. 1991, 99 (100) = NVwR-RR 1991, 554; Bargmann-Huber, BayVBl. 1996, 165; Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (400 f.) m.w.Nachw.

¹³ OVG Rh.-Pf., GewArch. 1991, 99 (100) = NVwR-RR 1991, 554; amtll. Begründung zu § 287 StGB, vgl. BT-Drucks. 13/8587, S. 67.

dient damit in erster Linie der Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und ist damit Ordnungsrecht¹⁴. Die Ausgestaltung im Einzelnen ist Sache der Länder, denen insoweit ein weiter Regelungsspielraum zukommt. Die Lotteriegesetze sind daher zwar im Großen und Ganzen vergleichbar, nicht aber stets im Detail auch deckungsgleich¹⁵. So können die Voraussetzungen, unter denen einem Antragsteller eine Erlaubnis oder Konzession erteilt werden kann, von Land zu Land durchaus unterschiedlich sein¹⁶.

Diese Situation ist zuweilen insbesondere für solche (potentiellen) Veranstalter misslich, die beabsichtigen, eine bundesweite Lotterie zu veranstalten. Benötigt werden hierzu nämlich parallele Erlaubnisse aller Länder; bei Ablehnung nur eines Landes, ist eine bundesweite Lotterie ausgeschlossen¹⁷. Die Praxis der Länder ist in dieser Hinsicht darüber hinaus äußerst restriktiv¹⁸. Da jedoch gleichzeitig der wirtschaftliche und finanzielle Aspekt des Glücksspiels, namentlich die Frage der Verwendung der Erlöse, in letzter Zeit zunehmend an Bedeutung gewinnt¹⁹, ist im Falle der Erlaubnisversagung verstärkt mit rechtlichen Auseinandersetzungen zu rechnen. Dies zeigt auch das aktuelle Beispiel mehrerer Umwelt-, Naturschutz- und Entwicklungshilfeorganisationen, die bundesweit entsprechende Erlaubnisse beantragt haben²⁰.

II.

1. Zentrale Bestimmungen des in Rede stehenden Gesetzentwurfs sind vor allem § 2 Abs. 3 und § 3 Abs. 1 LottG-E, die die Voraussetzungen für die Erteilung einer Konzession oder Erlaubnis zur Veranstaltung von öffentlichen Lotterien und Ausspielungen festschreiben. § 2 Abs. 3 LottG-E bestimmt, dass „kein Anspruch auf die Vergabe einer Konzession oder die Erteilung einer Erlaubnis“ besteht. Die Erteilung einer Konzession oder Erlaubnis ist gleichwohl möglich; allerdings „darf“ sie nach § 3 Abs. 1 LottG-E nur vergeben bzw. erteilt werden, „wenn

1. durch die Veranstaltung die öffentliche Sicherheit oder Ordnung nicht gefährdet wird,

¹⁴ Bargmann-Huber, BayVBl. 1996, 165 (166); Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (398).

¹⁵ Einen kurzen Überblick gibt Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (402) m.w.Nachw.

¹⁶ Vgl. dazu auch Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (425 f.).

¹⁷ Bargmann-Huber, BayVBl. 1996, 165 (168).

¹⁸ Bargmann-Huber, BayVBl. 1996, 165 (168 m. Fußn. 17).

¹⁹ Dazu Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (396 ff.); Sura, NJW 1995, 1470 (1471).

²⁰ Vgl. dazu auch Bargmann-Huber, BayVBl. 1996, 165 (168 f.).

2. ein hinreichendes öffentliches Bedürfnis für die Veranstaltung besteht,
3. der Spielplan eine Gewinnsumme
 - a) bei einer Zahlenlotterie von mindestens 50 v.H und
 - b) bei einer sonstigen Lotterie oder einer Ausspielung von mindestens 25 v.H. des Spielkapitals vorsieht,
4. der Reinertrag, die Gewinnsumme und die Kosten der Veranstaltung in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen,
5. der Lotterie- oder Ausspielbetrieb wirtschaftliche gesichert ist und
6. die Gewähr dafür besteht, dass der Veranstalter die Veranstaltung ordnungsgemäß durchführt.“

Nicht zuletzt durch das Zusammenspiel dieser beiden Bestimmungen wird deutlich, dass der Gesetzgeber eine rechtliche Konstruktion wählen will, bei der einem Antragsteller bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 LottG-E nicht automatisch ein Anspruch auf Vergabe einer Konzession oder Erteilung einer Erlaubnis zusteht, sondern der zuständigen Behörde (§ 18 LottG-E) ein Ermessen eingeräumt wird²¹. Bereits der Wortlaut des § 3 Abs. 1 LottG-E („darf nur vergeben (...) werden, wenn“) verweist darauf, dass es sich um eine Ermessensentscheidung handelt²². Zu diesem Ergebnis gelangt auch das Niedersächsische Obergericht für die insoweit weitgehend vergleichbare Rechtslage in Niedersachsen (§§ 3 Abs. 3, 11 Abs. 3 NLottG)²³. Dem Hinweis in § 2 Abs. 3 LottG-E²⁴ kommt vor diesem Hintergrund daher im wesentlichen lediglich klarstellende Bedeutung zu²⁵.

Die Festschreibung eines derartigen *Repressivverbots mit Genehmigungsvorbehalt*, das dazu führt, dass die Entscheidung über die Zulassung privater Glückspielbetreiber in das Ermessen der zuständigen Behörde gestellt ist²⁶, ist auf dem Gebiet des Lotteriewesens grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich²⁷. Zwar bewegt sich der Gesetzgeber auch bei der Regelung des Lotteriewesens und der Frage der Vergabe von Konzessionen und der Erteilung von Erlaubnissen für die Veranstaltung öffentlicher Lotterien und Ausspielungen im grundrechtlich geschützten Bereich des

²¹ Vgl. auch die amtl. Begründung in LT-Drucks. 13/4393, S. 12 sowie BayVGH, BayVBl. 1983, 467 (468).

²² Vgl. entspr. Nds. OVG, Ur. v. 9.6.1999 - Az.: 11 L 5445/98 -, S. 12 des Urteilsdrucks; i.Erg. auch BayVGH, BayVBl. 1983, 467 (468); EuGH, NJW 1994, 2013 (2016).

²³ Nds. OVG, Ur. v. 9.6.1999 - Az.: 11 L 5445/98 -, S. 12 f. des Urteilsdrucks.

²⁴ Die explizite Aufnahme des Ausschlussausschlusses findet sich entsprechend in § 3 IV ThürLottG und in § 2 IV SächsLottG.

²⁵ Die Aussage in § 2 Abs. 3 LottG-E ist insoweit verzichtbar, aber unschädlich. § 2 Abs. 3 LottG-E schließt es namentlich nicht aus, dass sich im Einzelfall das der Behörde eingeräumte Ermessen auf Null reduzieren kann, so dass dem Antragsteller ein Anspruch erwächst, vgl. dazu BayVGH, BayVBl. 1983, 467 (469).

²⁶ Nds. OVG, Ur. v. 9.6.1999 - Az.: 11 L 5445/98 -, S. 12 des Urteilsdrucks; Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (411 ff.); vgl. auch allg. Schwabe, JuS 1973, 133 ff.

²⁷ So ausdrücklich BVerwG, NVwZ 1994, 475 (477); Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (411 ff.).

Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit)²⁸. Eine gesetzliche Regelung ist daher an der Grundrechtsschranke des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG zu messen und muss insbesondere verhältnismäßig sein²⁹. Diese Kriterien sind allerdings nach ganz überwiegender Auffassung sogar im Falle eines absoluten Glücksspielverbotes durch den Gesetzgeber erfüllt, da dieses zum Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter, nämlich drohende Gefahren für die Bevölkerung, die sich aus der Ausnutzung der Spiel Leidenschaft ergeben, unter Berücksichtigung des Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums des Gesetzgeber auf diesem Gebiet gerechtfertigt wäre³⁰. Der Gesetzgeber geht davon aus, daß den Gefahren des Glücksspiels am besten dadurch begegnet werden kann, dass dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb der Bevölkerung staatlich überwachte, legale Betätigungsmöglichkeiten in beschränktem, aber ausreichendem Maße zur Verfügung gestellt werden³¹. Dem Gesetzgeber obliegt insofern eine weite Einschätzungsprärogative³², weshalb er – als objektive Zulassungsschranke – die Veranstaltung von Glücksspielen für Private ganz verbieten darf³³. Hieraus folgt – de maiore ad minorem -, dass der Gesetzgeber die Veranstaltung von Glücksspielen unter ein repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt stellen darf, das der zuständigen Behörde ein Ermessen eröffnet³⁴. Bei der Ausübung ihres Ermessens hat die Behörde den Grundrechtsauschutz aus Art. 12 Abs. 1 GG hinreichend zu beachten³⁵. Dies ist eine Frage der Rechtsanwendung durch die Exekutive und kann nur im jeweils konkreten Einzelfall beurteilt werden. § 3 Abs. 1 LottG-E selbst dürfte jedenfalls nach dem Vorgesagten insoweit verfassungsrechtlich unbedenklich sein³⁶.

Das Ermessen kann allerdings erst dann ausgeübt werden, wenn die Voraussetzungen für die Vergabe einer Konzession oder die Erteilung einer Erlaubnis nach § 3 Abs. 1 LottG-E vorliegen. Das Vorliegen der dort aufgeführten Voraussetzungen muss im konkreten Einzelfall bejaht werden, damit die Behörde ermächtigt ist, den

²⁸ BVerwG, NVwZ 1995, 475 (476 f.); 1995, 478 f.; 1995, 481 (483 f.); Gassner, NVwZ 1995, 449; Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (407 ff.); a.A. noch OVG Rh.-Pf., GewArch. 1991, 99 (100) = NVwZ-RR 1991, 554; OVG Münster, GewArch. 1979, 329 (330).

²⁹ BVerwG, NVwZ 1994, 475 (477); Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (410).

³⁰ BVerwG, NVwZ 1994, 475 (477); Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (410 f.); zweifelnd demgegenüber Ossenbühl, VerwArch. 1995, 187 (198 ff.).

³¹ Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (411) mit zahlr. w. Nachw.

³² Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (411).

³³ BVerwG, NVwZ 1994, 475 (477); Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (410 f.); im Erg. auch OVG Rh.-Pf., GewArch. 1991, 99 (100) = NVwZ-RR 1991, 554; a.A. wohl Ossenbühl, VerwArch. 1995, 187 (198 ff.).

³⁴ BVerwG, NVwZ 1994, 475 (477); Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (411 f.).

³⁵ BVerwG, NVwZ 1994, 475 (477); Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (413).

³⁶ Vgl. im Hinblick auf Art. 3 I GG und Art. 14 I 1 GG auch BVerwG, NVwZ 1994, 475 (477).

Dispens von dem grundsätzlichen Verbot der Veranstaltung von öffentlichen Glücksspielen zu erteilen³⁷, d.h. um durch die Vergabe der Konzession oder die Erteilung der Erlaubnis den „Rechtskreis des privaten Bewerbers erweitern zu können“³⁸. Auch diese Vorgaben sind verfassungsrechtlich an Art. 12 GG zu messen³⁹. Im Rahmen der hier gebotenen kursorischen Prüfung sind verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Regelung in § 3 Abs. 1 LottG-E nicht ersichtlich. Die dort im Einzelnen normierten Voraussetzungen wurden vielmehr im wesentlichen durch die bisherige Judikatur zum Lotteriewesen bestätigt und finden sich in dieser oder ähnlicher Form auch in den Lotteriegesetzen der anderen Bundesländer bzw. in der – in einigen Bundesländern als Landesrecht fortgeltenden⁴⁰ – Lotterieverordnung vom 6. März 1937⁴¹. Auch das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht hat die § 3 Abs. 1 LottG-E entsprechenden Regelungen des § 11 Abs. 3 NLottG angewandt und damit grundsätzlich als rechtmäßig bestätigt⁴².

Streit hat sich in der Praxis demgegenüber im wesentlichen – und namenlich auch in dem vom Niedersächsischen Oberverwaltungsgericht entschiedenen Fall – an der Frage entzündet, wie der unbestimmte Rechtsbegriff⁴³ des „hinreichenden öffentlichen Bedürfnisses“ für die Veranstaltung (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 LottG-E) *auszulegen* ist. Diese Formulierung geht zurück auf § 2 Nr. 1 der Lotterieverordnung vom 6. März 1937⁴⁴ und wird ganz überwiegend dahin gehend interpretiert, dass maßgeblich auf das Spielbedürfnis der Bevölkerung abzustellen ist, d.h. ob dem Spieltrieb der Bevölkerung durch das vorhandene Angebot schon in ausreichendem Maß – in Art und Umfang - Rechnung getragen wird oder ob durch die mögliche Ablehnung des Antrags der Gefahr Vorschub geleistet wird, sich an einer im verborgenen veranstalteten Lotterie zu beteiligen⁴⁵. Für diese Auslegung spricht vor allem der Sinn und Zweck der Bestimmung⁴⁶. Demgegenüber will das Niedersächsische Oberverwaltungsgericht nunmehr – und das ist das im Kern neue an dieser Entscheidung -

³⁷ Schwabe, JuS 1973, 133 m. Fußn. 2 spricht in diesem Zusammenhang treffend von einer „Erlaubnisermächtigung“.

³⁸ So treffend BVerwG, NVwZ 1994, 475 (477).

³⁹ BVerwG, NVwZ 1994, 475 (477); Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (410 ff.); Ossenbühl, VerwArch. 1995, 187 (206 ff.).

⁴⁰ Dazu Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (402).

⁴¹ RGBI. I S. 283.

⁴² Nds. OVG, Urt. v. 9.6.1999 - Az.: 11 L 5445/98 -, S. 14 ff. des Urteilsendrucks.

⁴³ Ossenbühl, VerwArch. 1995, 187 (206); Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (429).

⁴⁴ RGBI. I S. 283.

⁴⁵ BayVGH, BayVBl. 1983, 467 f.; Astl/Rathleff, Das Glücksspiel, 1965, S. 25; Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (428) m.w.Nachw.

⁴⁶ Vgl. auch die amtl. Begründung in LT-Drucks. 13/4393, S. 12 sowie Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (428).

maßgeblich auf den Förderungszweck einer neuen Lotterie abstellen⁴⁷, namentlich auf die Frage, ob der beabsichtigte Förderungszweck bislang unterrepräsentiert ist⁴⁸. Bislang war im Hinblick auf den Sinn und Zweck der Regelung weitgehend anerkannt, daß der Förderungszweck – wenn überhaupt – allenfalls in zweiter Linie berücksichtigt werden darf⁴⁹. Die Bedürfnisprüfung soll nämlich gerade nicht dazu führen, daß neue Spielerschichten für das Glücksspiel erschlossen werden, sondern es ist auf ein *bestehendes Spielbedürfnis, nicht Spendenbedürfnis* abzustellen⁵⁰. Diese Frage muß allerdings im Rahmen der vorgelegten Stellungnahme nicht abschließend beurteilt werden, da es um eine Frage der Genehmigungspraxis, also der Rechtsanwendung und nicht der Rechtsetzung geht. Auch wenn man § 3 Abs. 1 Nr. 2 LottG-E die Auslegung des Niedersächsischen Oberverwaltungsgerichts unterlegt, würde dies daher nicht dazu führen, dass die Vorschrift des § 3 Abs. 1 Nr. 2 LottG-E selbst verfassungswidrig wäre⁵¹, sondern nur dazu, dass sie entsprechend auszulegen und anzuwenden wäre. In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung selbst keinerlei Bindungswirkung für die Behörden und Gerichte in Rheinland-Pfalz entfaltet; die Auslegung des rheinland-pfälzischen Landesrechts – namentlich des § 3 Abs. 1 Nr. 2 LottG-E – wird nicht präjudiziert. Die Problematik, welche Kriterien an die Bestimmung eines „hinreichenden öffentlichen Bedürfnisses“ i.S. dieser Norm anzulegen sind, kann von einem rheinland-pfälzischen Gericht, das diese Frage zu entscheiden hat, anders beurteilt werden⁵².

2. Eine weitere Frage ist nach dem Prüfauftrag die Übertragbarkeit einer erteilten Konzession oder Erlaubnis. Der Dispens von dem grundsätzlichen Verbot der Veranstaltung öffentlicher Lotterien und Ausspielungen wird durch die Vergabe einer Konzession oder die Erteilung einer Erlaubnis gewährt. Diese Konzession oder Erlaubnis ist gemäß § 3 Abs. 3 LottG-E nicht übertragbar. Dadurch soll nach dem Willen des Gesetzgebers „die Überprüfbarkeit der Zuverlässigkeit des Veranstalters si-

⁴⁷ Nds. OVG, Urt. v. 9.6.1999 - Az.: 11 L 5445/98 -, S. 18 ff. des Urteilsumdrucks; ebenso Ossenbühl, VerwArch. 1995, 187 (208 ff.).

⁴⁸ NdsOVG, Urt. v. 9.6.1999 - Az.: 11 L 5445/98 -, S. 19 des Urteilsumdrucks.

⁴⁹ Astl/Rathleff, Das Glücksspiel, 1965, S. 25; Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (428) m.w.Nachw.

⁵⁰ Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (428).

⁵¹ Den betroffenen Grundrechtspositionen, namentlich Art. 12 I GG und Art. 3 I GG, ist im Rahmen der Genehmigungspraxis Rechnung zu tragen, vgl. Voßkuhle, VerwArch. 1996, 395 (428 f.).

⁵² Eine andere Frage ist, ob für den Gesetzgeber Anlass bestünde, § Abs. 1 Nr. 2 LottG-E im Hinblick auf die Entscheidung des Nds. OVG anders zu fassen, um das dort gefundene Ergebnis zu vermeiden. Hierzu wurde hingegen im Rahmen der Ausschussberatungen keine Notwendigkeit gesehen. Dies ist aber letztlich eine politische Frage, die im Rahmen dieser gutachtlichen Stellungnahme nicht beantwortet werden kann und soll.

chergestellt“ und „eine Aufteilung der Verantwortlichkeit vermieden“ werden, was dem Schutz der Teilnehmer an der Lotterie dient⁵³. Dadurch, dass eine Erlaubnis oder Konzession nicht übertragbar ist, wird vermieden, dass ein anderer als derjenige, dem die Erlaubnis oder Konzession erteilt wurde, die Position des Veranstalters erlangt; es kann insbesondere kein Handel mit Konzessionen betrieben werden.

Die in § 3 Abs. 3 LottG-E getroffene Regelung ist verfassungsrechtlich unbedenklich⁵⁴. Erlaubnis und Konzession werden nach dem Lotteriegesezt-E durch einen begünstigenden Verwaltungsakt (§ 35 VwVfG) erteilt. Die Frage, ob ein solcher Verwaltungsakt übertragbar ist, d.h. ob er nicht nur gegenüber dem Adressaten (also demjenigen, dem Erlaubnis oder Konzession erteilt wurden), sondern auch gegenüber seinem Rechtsnachfolger Wirkung entfalten, richtet sich danach, ob der Verwaltungsakt „übergangsfähig“ ist⁵⁵. Dies beantwortet sich nach dem jeweiligen Fachrecht – hier: dem Lotteriegesezt-E. Dabei gilt der Grundsatz, dass die Rechtsnachfolgerfähigkeit der Rechtsposition und der Nachfolgetatbestand entweder ausdrücklich bestimmt sein oder sich aus dem Sachbezug einer Maßnahme, mithin der Auslegung des Fachrechts, ergeben müssen⁵⁶.

Dafür, dass der Gesetzgeber auf dem Gebiet des Lotterierechts gehindert wäre, die Unübertragbarkeit der Erlaubnis zu bestimmen, ist nichts ersichtlich⁵⁷. Im Gegenteil ist es so, dass man selbst dann, wenn § 3 Abs. 3 LottG-E die Nichtübertragbarkeit nicht ausdrücklich bestimmen würde, die Übertragbarkeit auch dem Fachrecht nicht dürfte entnehmen können. Die Erlaubnis oder Konzession zur Veranstaltung einer öffentlichen Lotterie oder Ausspielung knüpft nämlich maßgeblich an die persönliche Zuverlässigkeit des Veranstalters (vgl. § 3 Abs. 1 Nrn. 5 und 6 LottG-E) an⁵⁸. Eine Erlaubnis oder Konzession, die – zumindest auch – personenbezogen ist, ist aber grundsätzlich nicht übertragbar. Dies gilt auch für eine Erlaubnis oder Konzession, die einer juristischen Person erteilt wurde⁵⁹, wenn sie an höchstpersönliche Merkmale wie

⁵³ Vgl. die amtl. Begründung in LT-Drucks. 13/4393, S. 13.

⁵⁴ Das Urteil des Nds. OVG Urt. v. 9.6.1999 - Az.: 11 L 5445/98 - verhält sich zu dieser Frage übrigens nicht.

⁵⁵ Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. (1994), § 42 Rn. 54; Stelkens/Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. (1998), § 35 Rn. 194.

⁵⁶ Stelkens/Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 5. Aufl. (1998), § 35 Rn. 194 f.

⁵⁷ Neben § 3 Abs. 3 LottG-E enthalten auch Lotteriegesezte anderer Länder die ausdrückliche Festschreibung der mangelnden Übertragbarkeit der Erlaubnis oder Konzession, vgl. § 2 Abs. 3 S. 1 LoG Bad.-Württ., § 3 Abs. 3 S. 1 LottGBbg., § 2 Abs. 3 S. 1 SächsLottG, § 2 Abs. 2 S. 1 LottG SachsA., § 3 Abs. 3 S. 1 ThürLottG.

⁵⁸ Vgl. auch die amtl. Begründung in LT-Drucks. 13/4393, S. 13.

⁵⁹ So ausdrücklich Sieg/Leifermann/Tettinger, GewO, 5. Aufl. (1988), § 30 Rn. 5.

die Zuverlässigkeit des Berechtigten anknüpfen⁶⁰. In diesen Fällen schließt das öffentliche Interesse eine Übertragbarkeit aus⁶¹. Nach allgemeinen Regeln erlischt die Erlaubnis oder Konzession in diesen Fällen daher bei einem Wechsel des Unternehmens automatisch mit der Folge, dass sie neu beantragt werden muss⁶². § 3 Abs. 3 LottG-E stellt die Nichtübertragbarkeit damit im Ergebnis nur klar und begründet sie nicht erst⁶³.

3. Die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hat ferner gebeten, § 9 Abs. 1 S. 4 LottG-E einer näheren Prüfung zu unterziehen⁶⁴. Diese Bestimmung ermächtigt die zuständige Behörde (§ 18 LottG-E), gegenüber dem Veranstalter einer Lotterie oder Ausspielung eine *zusätzliche Konzessionsabgabe* festzusetzen, die bis zu 60 v.H. seines *Jahresüberschusses* (vor Berücksichtigung dieser zusätzlichen Konzessionsabgabe als Betriebsausgabe) betragen kann. Das Nähere ist in der Konzessionsurkunde zu regeln. Ausgangsbestimmung ist insoweit § 9 Abs. 1 S. 2 LottG-E, wonach die (allgemeine) Konzessionsabgabe mindestens 20 v.H. des *Spielkapitals* für Zahlenlotterien und mindestens 25 v.H. für die sonstigen Lotterien und Ausspielungen beträgt. Diese Vomhundertsätze können gem. § 9 Abs. 1 S. 3 LottG-E auf höchstens 24,5 v.H. bzw. 30 v.H. erhöht werden.

Die zusätzliche Konzessionsabgabe nach § 9 Abs. 1 S. 4 LottG-E erfüllt nach dem Willen des Gesetzgebers eine Ergänzungsfunktion zur Erhebung der allgemeinen Konzessionsabgabe nach § 9 Abs. 1 S. 2 und 3 LottG-E⁶⁵. Ihre Bezugsgröße ist unmittelbar der Jahresüberschuss des Veranstalters und nicht – wie bei der allgemeinen Konzessionsabgabe – das Spielkapital. Sie ermöglicht daher, zielgerichtet einen bestimmten Teil des Gewinns abzuschöpfen, während die allgemeine Orientierung am Spielkapital der Behörde nur einen Richtwert gibt. Die zusätzliche Konzessionsabgabe ist insofern ein wichtiges Steuerungsinstrument.

⁶⁰ OVG Rh.-Pf., DÖV 1980, 654 (655); Stadie, DVBl. 1990, 501 (506).

⁶¹ Vgl. dazu Peine, JuS 1997, 984 (986).

⁶² Vgl. Sieg/Leifermann/Tettinger, GewO, 5. Aufl. (1988), § 30 Rn. 5.

⁶³ Insofern ist es treffend, wenn die amt. Begründung davon spricht, dass der Grundsatz der Nichtübertragbarkeit in § 3 Abs. 3 LottG-E „festgehalten“ wird, vgl. LT-Drucks. 13/4393, S. 13.

⁶⁴ Auch zu dieser Regelung verhält sich das Urt. des Nds. OVG v. 9.6.1999 - Az.: 11 L 5445/98 – nicht.

⁶⁵ Amtl. Begründung, vgl. LT-Drucks. 13/4393, S. 14.

Voraussetzung für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer zusätzlichen Konzessionsabgabe ist, dass eine Konzessionsabgabe als eine nicht-steuerliche Abgabe⁶⁶ nach der Finanzordnung der Verfassung überhaupt erhoben werden darf. Zu dieser Frage hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, dass die Finanzverfassung des Grundgesetzes keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgabentypen enthält, und daher nicht-steuerliche Abgaben verschiedener Art grundsätzlich nicht ausgeschlossen sind⁶⁷. Diese bedürfen allerdings einer besonderen sachlichen Rechtfertigung und müssen der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen Rechnung tragen⁶⁸.

Die besondere sachliche Rechtfertigung liegt bei einer Konzessionsabgabe regelmäßig darin, daß sie als Äquivalent⁶⁹ für die Einräumung einer konkreten Rechtsposition, die mit der Erteilung einer Konzession verbunden ist⁷⁰, erhoben wird⁷¹. Dies ist bei dem mit der Erteilung der Konzession verbundenen Dispens von dem generellen Verbot der Veranstaltung öffentlicher Glücksspiele der Fall⁷²; der Veranstalter hat mit der Konzessionserteilung eine nicht unerhebliche Erweiterung seines Rechtskreises erfahren⁷³. Die Konzessionsabgabe dient insoweit dazu, die wirtschaftliche Position des Veranstalters einzuschränken und die Gewinne aus dem Glücksspielbetrieb weitgehend für gemeinnützige Zwecke abzuschöpfen⁷⁴.

Die Höhe der in § 9 Abs. 1 LottG-E festgelegten Vomhundertsätze dürfte gleichfalls verfassungsrechtlich unbedenklich sein. Nach dem Willen des Bundesgesetzgebers ist es u.a. Zweck der generellen Untersagung und Strafbewehrung der Veranstaltung öffentlicher Glücksspiele nach § 287 StGB, dass – für den Fall der Zulassung - ein „nicht unerheblicher Teil der Einnahmen aus Glücksspielen (mindestens 25 %) zur Finanzierung gemeinnütziger oder öffentlicher Zwecke heranzuziehen“ ist⁷⁵. Das Bundesverwaltungsgericht hat es in diesem Zusammenhang ausdrücklich für zulässig erachtet, dass erzielte Gewinne „weitgehend der Allgemeinheit oder wohltätigen gemeinnützigen Zwecken“ zugute kommen⁷⁶. Durch eine sachgerechte Festsetzung

⁶⁶ BVerfGE 86, 148 (225 ff.).

⁶⁷ BVerfGE 82, 159 (181); 93, 319 (342).

⁶⁸ BVerfGE 78, 249 (266 f.); 93, 319 (342 f.).

⁶⁹ Die amtl. Begründung spricht insoweit zutreffen von einer „Gegenleistung“, vgl. LT-Drucks. 13/4393, S. 13 a.E.

⁷⁰ Dazu allg. BVerfGE 86, 148 (225 ff.); Püttner, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1989, S. 45.

⁷¹ BVerfGE 86, 148 (225 f.).

⁷² S.o., S. 7.

⁷³ BVerwG, NVwZ 1995, 478 (480 f.).

⁷⁴ BVerwG, NVwZ 1995, 478 (480 f.); OVG Rh.-Pf., GewArch. 1991, 99 (100) = NVwZ-RR 1991; 554; Bargmann-Huber, BayVBl. 1996, 165.

⁷⁵ Vgl. BT-Drucks. 13/8587, S. 67.

⁷⁶ BVerwG, NVwZ 1995, 478 (480).

der Abgabe sei zu verhindern, dass privaten Betreibern „außerordentlich hohe Gewinne automatisch und risikolos zufallen“⁷⁷. Die Verpflichtung zur Abführung von 80 bis 85 % des Bruttospielertrags für Spielbanken etwa hat das Bundesverwaltungsgericht ausdrücklich nicht beanstandet⁷⁸.

Die zusätzliche Konzessionsabgabe als Instrument für eine gezielte Gewinnabschöpfung dürfte sich vor diesem Hintergrund, zumindest bei der hier gebotenen cursorsichen Prüfung, als unbedenklich erweisen. Ohne dieses Instrument wäre es der Behörde im Gegenteil allenfalls äußerst eingeschränkt möglich, eine gleichmäßige Gewinnabschöpfung zu gewährleisten. Bei einer Orientierung allein am Spielkapital (§ 3 Abs. 1 S. 2 und 3 LottG-E) erscheint dies praktisch äußerst problematisch. Ihren weiten Spielraum (bis zu 60 v.H.) hat die Behörde im Rahmen ihrer pflichtgemäßen Ermessenausübung auszufüllen. Dabei hat sie der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen⁷⁹ in der Praxis der Konzessionsvergabe und Abgabenerhebung nach § 3 Abs. 1 LottG-E hinreichend Rechnung zu tragen. Die Behörde ist insoweit an den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebunden⁸⁰. Dies ist allerdings eine Frage der Rechtsanwendung und nicht der Rechtssetzung. Die rechtliche Beurteilung der Norm selbst wird dadurch im Ergebnis nicht berührt.

Wissenschaftlicher Dienst

⁷⁷ BVerwG, NVwZ 1995, 478 (481).

⁷⁸ BVerwG, NVwZ 1995, 478 (480 f.).

⁷⁹ BVerfGE 93, 319 (343).

⁸⁰ BVerfGE 93, 319 (349).