

Stellungnahme zum Antrag der FDP-Landtagsfraktion

"Flächendeckendes Vertriebsnetz für WestLotto- Annahmestellen erhalten – Verständigung über eine partnerschaftliche und faire Ent- lohnung forcieren"

Drucksache 16/12358

Öffentliche Anhörung des Haushalts- und Finanzausschusses,
8. November 2016, 13:30 Uhr

von
Prof. Dr. Thomas Dünchheim
Hogan Lovells International LLP

Düsseldorf, den 4. November 2016

1. ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE

- 1.1 Das staatliche Glücksspielangebot unterfällt nicht dem Bereich der staatlichen Daseinsvorsorge. Aus den Grundsätzen der Daseinsvorsorge lassen sich folglich keine Rückschlüsse auf die Vertriebsnetzstruktur von WestLotto und die Vergütung der Lotto-Annahmestellen ziehen.
- 1.2 Das Land Nordrhein-Westfalen ist aber gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 GlüStV 2012¹ ordnungsrechtlich verpflichtet, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen. Ordnungsziel hierbei ist – unter anderem – die Schaffung eines Glücksspielangebots, das den Spielbetrieb der Bevölkerung zu kanalisieren vermag und Abwanderungen in die Illegalität entgegenwirkt (vgl. § 1 Satz 1 Nr. 2 GlüStV 2012).
- 1.3 Die Vergütung der Lotto-Annahmestellen muss demzufolge aus rechtlicher Sicht in ihrer Ausgestaltung zweierlei berücksichtigen:

Einerseits muss die Vergütung so ausgestaltet sein, dass ein flächendeckendes Annahmestellennetz weiterhin bestehen kann. Nur auf diese Weise kann das Land seinem – durch das AG GlüStV NRW² – konkretisierten Ordnungsauftrag aus § 10 Abs. 1 Satz 1 GlüStV 2012 gerecht werden.

Andererseits ist zu berücksichtigen, dass für WestLotto eine wirtschaftliche Situation bestehen muss, die die Zukunftsfähigkeit des WestLotto-Geschäftsmodells sichert.
- 1.4 Die konkrete Bemessung der Vergütung der Lotto-Annahmestellen ist eine privatrechtliche Fragestellung, die ausschließlich das Vertragsverhältnis zwischen WestLotto und den in die Vertriebsstruktur eingebundenen Annahmestellen betrifft. Es bestehen keine gesetzlichen Vorgaben zur konkreten Ausgestaltung der Vergütung. Diese liegt vielmehr im unternehmerischen Ermessen von WestLotto.

2. AUSGANGSPUNKT DER RECHTLICHEN BETRACHTUNG

Gegenstand der vorliegenden juristischen Betrachtung kann allein die Fragestellung sein, ob eine rechtliche Verpflichtung des Landes Nordrhein-Westfalen als "Eigentümer" der Westdeutschen Lotterie GmbH & Co. OHG ("**WestLotto**") besteht, ein flächendeckendes Netz an Lotto-Annahmestellen vorzuhalten.

Die in der Vorlage Nr. 16/2614 an den Haushalts- und Finanzausschuss des Landtages Nordrhein-Westfalen ("**HFA**") enthaltene Einschätzung des nordrhein-westfälischen Finanzministers, wonach eine Einschätzung oder Bewertung der Grundvergütung nur durch die beiden betroffenen Vertragspartner (WestLotto und die Annahmestellen) im Rahmen ihres Vertragsverhältnisses erfolgen könne, ist zutreffend. Es handelt sich um eine rein privatrechtliche Fragestellung im Rahmen eines zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses zwischen WestLotto und den verbundenen Lotto-Annahmestellen. Die Vergütung der Lotto-Annahmestellen ist daher nicht unmittelbar Sache der Landesregierung.

Die Erhaltung eines flächendeckenden Netzes von Lotto-Annahmestellen lässt sich jedoch als Ordnungsaufgabe des Landes Nordrhein-Westfalen nach den Vorgaben des GlüStV 2012 und des AG GlüStV NRW verstehen (hierzu sogleich unter 4.), welche das

¹ Glücksspielstaatsvertrag vom 15. Dezember 2011 ("**GlüStV 2012**").

² Ausführungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen zum Glücksspielstaatsvertrag vom 13. November 2012 ("**AG GlüStV NRW**").

Land durch das öffentlich-beherrschte Privatrechtsunternehmen WestLotto erfüllt. Die Vorhaltung eines flächendeckenden Lotto-Annahmestellennetzes ist angesichts des beachtlichen Rückgangs der Zahl von Lottoannahmestellen³ zukünftig aber nur zu gewährleisten, wenn die Lotto-Annahmestellen angemessen vergütet werden.

Hieraus folgt, dass sich die Frage der Vergütung der Lotto-Annahmestellen für das Land aufgrund seiner ordnungsrechtlichen Aufgabe, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen, mittelbar als eine Angelegenheit der Landesregierung darstellt. Es ist für die wirtschaftliche Entwicklung von WestLotto und auch aus rechtlichen Gesichtspunkten essentiell, dass das klassische Vertriebsnetz von WestLotto durch eine (hohe) Dichte von Annahmestellen flächendeckend im Land Nordrhein-Westfalen erhalten bleibt. Hierbei ist indessen sicherzustellen, dass auch für WestLotto eine wirtschaftliche Situation bestehen bleibt, die die Zukunftsfähigkeit des WestLotto-Geschäftsmodells sichert.

Dies beruht im Einzelnen auf nachfolgenden Erwägungen:

3. GLÜCKSSPIELANGEBOT KEIN FALL DER DASEINSVORSORGE

Eine Verpflichtung des Landes, ein flächendeckendes Netz an Lotto-Annahmestellen vorzuhalten, folgt nicht bereits aus den Grundsätzen der Daseinsvorsorge. Das Bereitstellen eines ausreichenden Glücksspielangebots für die Bevölkerung stellt sich – auch unter Berücksichtigung eines modernen Begriffsverständnisses – nicht als ein Fall der Daseinsvorsorge dar.⁴ Dagegen spricht die mangelnde Vergleichbarkeit von Glücksspiel mit den klassischerweise dem Begriff der Daseinsvorsorge unterfallenden Gebrauchsgütern des täglichen Lebens, wie der Versorgung mit Wasser, Gas und Strom oder dem Betrieb des öffentlichen Personennahverkehrs. Bei dem staatlichen Glücksspielangebot handelt es sich nicht um das Vorhalten *lebensnotwendiger Leistungen zur Befriedigung der Grundbedürfnisse* der Bürger.⁵ Bestätigt wird dieser Befund durch die unbestritten mit dem Glücksspiel typischerweise einhergehende (erhebliche) Suchtgefahr.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sich hinter der Daseinsvorsorge kein in der Rechtsanwendung operationalisierbares Merkmal verbirgt.⁶ Seine Definitionsunschärfe erschwert eine konsistente Verwendung des Begriffs der Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff.

4. ORDNUNGSRECHTLICHE AUFGABE DES LANDES, EIN AUSREICHENDES GLÜCKSSPIELANGEBOT SICHERZUSTELLEN

Die Verpflichtung des Landes, ein flächendeckendes Vertriebsnetz an Lotto-Annahmestellen bereitzustellen, ergibt sich nach der hier vertretenen Auffassung indessen mittelbar aus den Bestimmungen des GlüStV 2012 und des AG GlüStV NRW.

Nach dem GlüStV 2012 ist die Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots eine ordnungsrechtliche Aufgabe der Länder. Dies folgt ausdrücklich aus § 10 Abs. 1 Satz 1 GlüStV 2012. Dort heißt es wörtlich:

³ Ausweislich der Vorlage des nordrhein-westfälischen Finanzministers an den HFA Nr. 16/2614 hat sich die Zahl der Lotto-Annahmestellen im Zeitverlauf von 2004 bis Ende 2014 von 3.974 auf 3.606 Lotto-Annahmestellen reduziert. Damit ist die Größe des Annahmestellennetzes innerhalb von zehn Jahren um knapp 10 % geschrumpft.

⁴ So auch *Kendziur*, Neue Wege für den Rechtsschutz Privater gegen die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand, 2009, S. 101 f. m.w.N.

⁵ So aber die tradierte Definition des Begriffs der Daseinsvorsorge, vgl. *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 37 f.

⁶ Vgl. etwa Monopolkommission, Hauptgutachten XX (2012/2013), Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, Kapitel V, Kommunale Wirtschaftstätigkeit und der Trend zur Rekommunalisierung, S. 450.

*"Die Länder haben zur Erreichung der Ziele des § 1 die **ordnungsrechtliche Aufgabe**, ein ausreichendes Glücksspielangebot sicherzustellen."*
(Hervorhebung durch den Verfasser)

Durch diese Formulierung wird klargestellt, dass es sich bei der Tätigkeit der Länder um öffentliche Verwaltung im materiellen Sinne handelt.⁷ § 10 Abs. 1 Satz 1 GlüStV 2012 enthält eine gegenseitige – staatsvertragliche – Verpflichtung der Länder, die Veranstaltung und Durchführung von Glücksspielen in dem Sinne zu monopolisieren, dass Glücksspiele nur durch die Länder selbst, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder durch privatrechtliche Gesellschaften veranstaltet und durchgeführt werden, an denen – wie im Falle von WestLotto – juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind.

Die Qualifizierung des glücksspielrechtlichen Sicherstellungsauftrags der Länder als *"ordnungsrechtliche Aufgabe"* belegt, dass dieser keine auf Gewinnerzielung gerichtete privatwirtschaftliche Tätigkeit, sondern öffentliches Verwaltungshandeln im materiellen Sinne darstellt.⁸

Bestätigt wird der vorstehende Befund durch die zusätzliche Regelung in § 1 Abs. 2 AG GlüStV NRW, wonach das Land Nordrhein-Westfalen zur Erreichung der in § 1 Abs. 1 AG GlüStV NRW genannten Ziele die Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots als *"öffentliche Aufgabe"* wahrnimmt. Für Nordrhein-Westfalen enthält § 5 Abs. 5 AG GlüStV NRW weiterhin folgende Vorgabe:

"Zahl und Einzugsgebiet der Annahmestellen sind an den Zielen des § 1 auszurichten. Es dürfen nicht mehr Annahmestellen unterhalten werden, als zur Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots im Sinne von § 10 Absatz 1 Glücksspielstaatsvertrag [...] erforderlich sind."

Dies verdeutlicht, dass ein flächendeckendes Vertriebsnetz von Lotto-Annahmestellen, der Verwirklichung der – gleichrangigen – Ziele des § 1 GlüStV 2012 und der Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots dient.

Im Bereich des Lotteriespiels wird das geforderte *"ausreichende Glücksspielangebot"* durch das bestehende Vertriebsnetz von Lotto-Annahmestellen sichergestellt. In Nordrhein-Westfalen wird das Lotteriespiel, für das gemäß § 10 Abs. 2 GlüStV 2012 und § 3 Abs. 1 AG GlüStV NRW auch nach Änderung des Glücksspielstaatsvertrages im Jahre 2012 weiterhin ein staatliches Monopol besteht⁹, durch die – von der zuständigen Bezirksregierung – konzessionierten und in die Vertriebsorganisation von WestLotto eingegliederten Lotto-Annahmestellen ermöglicht. Ausweislich des WestLotto-Geschäftsberichts für das Jahr 2015 erzielt WestLotto 95 % seines Gesamtumsatzes auf den klassischen Vertriebskanälen, d.h. durch die Lotto-Annahmestellen.¹⁰ Diese stellen demzufolge weiterhin den mit Abstand wichtigsten Vertriebsweg für das staatliche Lotteriespiel dar. Hieraus kann ohne weiteres die (erhebliche) Bedeutung eines funktionierenden flächendeckenden Annahmestellennetzes für die Erfüllung der ordnungsrechtlichen Aufgabe des Landes gefolgert werden.

⁷ Vgl. *Dietlein/Postel*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig* (Hrsg.), *Kommentar zum Glücksspielrecht*, 2. Aufl. 2013, § 10 Rn. 1

⁸ So auch *Dietlein/Postel*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig* (Hrsg.), a.a.O., § 10 Rn. 7.

⁹ Vgl. die Erläuterungen zum Entwurf des GlüStV, Stand: 7. Dezember 2011, Ziffer A. II. 3., wonach es für den Bereich der Lotterien (mit Ausnahme der Lotterien mit geringem Gefährdungspotential) beim staatlichen Veranstaltungsmopol verbleibt.

¹⁰ Vgl. WestLotto-Geschäftsbericht 2015, S. 39.

Es gilt daher nicht nur das "Übermaßverbot" des § 5 Abs. 5 Satz 2 AG GlüStV NRW, wonach nicht mehr Annahmestellen unterhalten werden dürfen, als zur Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots erforderlich sind.¹¹

Gleichermaßen ist zu beachten, dass – im Sinne eines ordnungsrechtlich indizierten "Untermaßverbotes" – auch nicht weniger Annahmestellen als zur Erfüllung dieser öffentlichen Aufgabe des Landes notwendig sind bestehen dürfen. Ein konkreter Maßstab für die Bestimmung, ab wann die noch verbleibenden Lotto-Annahmestellen die Landesaufgabe der Sicherstellung eines ausreichenden Lotterieangebots nicht mehr erfüllen können, besteht indessen nicht.

Eine zahlenmäßige Untergrenze von Lotto-Annahmestellen lässt sich insbesondere auch nicht § 17 Abs. 1 GlücksspielVO NRW entnehmen. Geregelt sind dort allein die Einzugsgebiete der Annahmestellen. Wörtlich heißt es in § 17 Abs. 1 GlücksspielVO NRW:

"Die Annahmestellen sollen bezogen auf die Bevölkerung in Nordrhein-Westfalen unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 Satz 1 Glücksspielstaatsvertrag bedarfsgerecht verteilt sein. Von einem Bedarf ist in der Regel auszugehen, wenn die Zahl von 3 500 Einwohnerinnen und Einwohnern pro Annahmestelle bezogen auf eine Gemeinde nicht unterschritten wird. Bei Unterschreiten ist der Bedarf gesondert darzulegen."

Hieraus folgt, dass eine Lotto-Annahmestelle für mindestens 3.500 Einwohner innerhalb einer Gemeinde das staatliche Glücksspielangebot vorhalten soll. Dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift nach, der allein bei Unterschreiten der Zahl von 3.500 Einwohnern eine gesonderte Darlegung des Bedarfs verlangt, kann eine Lotto-Annahmestelle jedoch auch eine wesentlich größere Zahl von Gemeindeeinwohnern "abdecken".

Die vom Finanzminister in der Vorlage Nr. 16/2614 an den HFA vorgelegten – rückläufigen – Umsatzzahlen der Lotto-Annahmestellen legen nahe, dass diese nur weiter bestehen können, wenn sie finanziell an dem wirtschaftlichen Erfolg von WestLotto partizipieren; ansonsten droht den Lotto-Annahmestellen der finanzielle Ruin. Aus der ordnungsrechtlichen Verpflichtung des Landes, dem "Untermaßverbot", ein flächendeckendes Vertriebsnetz von Lotto-Annahmestellen vorzuhalten, folgt demnach mittelbar auch die Pflicht, eine angemessene Vergütung der Lotto-Annahmestellen zu gewährleisten, um deren wirtschaftliche Existenz und damit ihren Erhalt zu sichern.

Demgegenüber ist aber gleichermaßen zu berücksichtigen, dass das Land seine vorstehend bezeichnete ordnungsrechtliche Aufgabe durch den öffentlich beherrschten Glücksspielanbieter WestLotto erfüllt. WestLotto ist der einzige (erlaubte) Veranstalter von Glücksspiel in Nordrhein-Westfalen im Sinne des § 10 Abs. 2 GlüStV 2012 bzw. § 3 Abs. 1 AG GlüStV NRW.¹² Es muss daher auch zukünftig eine wirtschaftliche Situation bestehen, die die Tragfähigkeit des Geschäftsmodells von WestLotto gewährleistet.

Gesetzliche Vorgaben zur konkreten Vergütung der Lotto-Annahmestellen existieren nicht. Ihre Ausgestaltung obliegt vielmehr den Vertragsparteien WestLotto und den Annahmestellen im Rahmen ihres zivilrechtlichen Vertragsverhältnisses. Dabei besteht ein unternehmerischer Einschätzungsspielraum von WestLotto, der die Berücksichtigung und

¹¹ § 10 Abs. 4 GlüStV 2012 verpflichtet die Länder, die Zahl der Annahmestellen zur Erreichung der Ziele des § 1 GlüStV 2012 zu begrenzen, ohne jedoch quantitative Vorgaben zu machen. In Nordrhein-Westfalen ist die Zahl der Lotto-Annahmestellen gem. § 16 der Glücksspielverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen ("GlücksspielVO NRW") auf 3.910 begrenzt.

¹² Daneben besteht noch die Westdeutsche Spielbanken GmbH & Co. KG ("**WestSpiel**"), welche die fünf nordrhein-westfälischen Spielbanken betreibt. Auf WestSpiel ist § 10 Abs. 2 GlüStV 2012 allerdings nicht anwendbar, vgl. § 2 Abs. 2 GlüStV 2012.

Abwägung aller vorstehend aufgezeigten Gesichtspunkte verlangt. Bei der Bemessung der Vergütung sollten schließlich auch beihilferechtliche Aspekte beachtet werden. Es empfiehlt sich daher aus rechtlicher Sicht, eine marktwirtschaftliche Vergütung vorzunehmen.

Düsseldorf, den 4. November 2016

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke at the end.

Prof. Dr. Thomas Dünchheim
Rechtsanwalt / Partner