



Open Access Repository

www.ssoar.info

Bestandsschutz für Spielhallen

Schulze, Carolin; Bohm, Rolfdieter

Veröffentlichungsversion / Published Version

Gutachten / expert report

Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:

Landtag Brandenburg – Parlamentarischer Beratungsdienst

Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Schulze, C., & Bohm, R. (2012). *Bestandsschutz für Spielhallen*. (Wahlperiode Brandenburg, 5/62). Potsdam: Landtag Brandenburg, Parlamentarischer Beratungsdienst. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-52762-3>

Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer CC BY-NC-ND Lizenz (Namensnennung-Nicht-kommerziell-Keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Nähere Auskünfte zu den CC-Lizenzen finden Sie hier:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/1.0/deed.de>

Terms of use:

This document is made available under a CC BY-NC-ND Licence (Attribution-Non Commercial-NoDerivatives). For more information see:

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/1.0>

Parlamentarischer Beratungsdienst

Bestandsschutz für Spielhallen

Bearbeiter: Carolin Schulze und Rolfdieter Bohm

Datum: 10. August 2012

Die Gutachten des Parlamentarischen Beratungsdienstes des Landtages Brandenburg sind urheberrechtlich geschützt. Die weitere Verarbeitung, Verbreitung oder Veröffentlichung – auch auszugsweise – ist nur unter Angabe der Quelle zulässig. Jede Form der kommerziellen Nutzung ist untersagt.

Inhaltsverzeichnis

I.	Auftrag.....	2
II.	Stellungnahme	3
1.	Darstellung der Rechtslage.....	3
a)	Ausgangssituation	3
b)	Aktuelle Rechtslage und Darstellung der Regelungen im Gesetzentwurf...4	
2.	Möglichkeiten einer rechtssicheren Verankerung eines Bestandsschutzes	7
a)	Entfristung der Übergangs- und Härtefallregelung	7
aa)	Bindung des Landesgesetzgebers an den Änderungsstaatsvertrag ..8	
bb)	Wortlaut des Ersten GlüÄndStV	9
cc)	Systematik	9
dd)	Zweck und Ziel.....	11
b)	Zwischenergebnis.....	11
3.	Lösung am Beispiel von Bremen und Hessen	12
a)	Bremisches Spielhallengesetz.....	12
b)	Hessisches Spielhallengesetz	13
4.	Zusammenfassung und Stellungnahme.....	14

I. Auftrag

Der Parlamentarische Beratungsdienst wurde im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrages zum Glückspielwesen in Deutschland zum 1. Juli 2012¹ gebeten, darzustellen welche Möglichkeiten es gibt, einen Bestandsschutzes für bereits existierende Spielhallen rechtssicher im Gesetzentwurf des

¹ Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 15. Dezember 2011 (GVBl. 2012 I Nr. 29, 31); künftig Erster GlüÄndStV.

Hauptausschusses für ein Brandenburgisches Spielhallengesetz zu verankern.² Bei der Prüfung sollen auch die entsprechenden gesetzlichen Regelungen in der Freien Hansestadt Bremen berücksichtigt werden.

II. Stellungnahme

1. Darstellung der Rechtslage

a) Ausgangssituation

Durch die Evaluierung³ der im Jahr 2006 novellierten Spielverordnung⁴ wurde das erhebliche Gefahrenpotential des gewerblichen Automatenspiels deutlich. Es sei daher erforderlich, einer Ausweitung des Marktes entgegenzuwirken und dieses Spiel wieder stärker in die Richtung seines Charakters als Unterhaltungsspiel zu lenken. Das gewerbliche Automatenpiel sei wegen seines hohen Suchtpotentials und seiner expansiven Entwicklung zusätzlichen Beschränkungen zu unterwerfen, die die automatenbezogenen Regelungen des Bundes in der Spielverordnung ergänzen.⁵ Im Zuge der Föderalismusreform I und des dazu verabschiedeten Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes⁶ wurde mit Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG die Gesetzgebungskompetenz für das „Recht der Spielhallen“ in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder übertragen. Das einschlägige Recht des Bundes gilt gemäß Art 125a Abs. 1 GG so lange fort, bis die Länder von ihrem Recht der Gesetzgebungskompetenz Gebrauch machen. Folglich können die Länder nunmehr die personen- und ortsgebundenen Anforderungen für die Spielhallenerlaubnis im Rahmen der bis dahin für die Genehmigung von Spielhallen geltenden maßgeblichen Vorschrift des § 33i GewO⁷ regeln.

² Gesetzentwurf für ein Brandenburgisches Spielhallengesetz – BbgSpielhG – vom 5. Juni 2012 (Drs. 5/5437).

³ Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie: Evaluierung der Novelle der Spielverordnung [im Hinblick auf die Problematik des pathologischen Glückspiels] vom 6. Dezember 2010, abrufbar unter folgenden Link:
<http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/B/bericht-evaluierung-spielverordnung,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>.

⁴ Spielverordnung in der Fassung vom 27. Januar 2006 (BGBl. I S. 280).

⁵ Evaluierungsbericht des BMWi a. a. O. (Fn. 3), bei V., S. 61 ff.

⁶ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034).

⁷ Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2714).

Von der Landesgesetzgebungskompetenz werden sowohl formelle Anforderungen an Spielhallen, wie z. B. die Erlaubnispflicht, als auch materielle Ge- und Verbote, wie beispielsweise das Verbot von Mehrfachkonzessionen, erfasst. Zur ländereinheitlichen Lösung der Regelung des Glücksspielwesens in Deutschland haben die Bundesländer erstmals den am 1. Januar 2008 in Kraft getretenen Glücksspielstaatsvertrag ratifiziert⁸ und in ihren Ausführungsgesetzen in Landesrecht umgesetzt. Der Glücksspielstaatsvertrag aus dem Jahr 2007 enthielt jedoch keine Regelungen bezüglich des gewerblichen Automatenspiels, so dass sich das Genehmigungsverfahren für Spielhallen weiterhin nach § 33i GewO, konkretisiert durch die Spielverordnung des Bundes, richtete. Der Glücksspielstaatsvertrag war bis zum 31. Dezember 2011 befristet, danach galt sein Inhalt in Brandenburg im Range eines Gesetzes fort (§ 2 Abs. 2 des Glücksspielgesetzes des Landes Brandenburg).

b) Aktuelle Rechtslage und Darstellung der Regelungen im Gesetzentwurf

Der Erste GlüÄndStV trifft nunmehr auch Regelungen zum Genehmigungsverfahren von Spielhallen. Hierbei handelt es sich um Beschränkungen im Hinblick auf den Mindestabstand zwischen Spielhallen⁹ sowie ein Verbot von Mehrfachkonzessionen, d. h. ein Verbot, mehrere Spielhallen in einem baulichen Verbund, insbesondere in einem Gebäude oder einem Gebäudekomplex, zu betreiben. Betreiber bereits existierender Spielhallen bedürfen mit Inkrafttreten des Staatsvertrages grundsätzlich einer Erlaubnis, die den Anforderungen des Ersten GlüÄndStV entspricht.

Der Erste GlüÄndStV trifft bezüglich der alten Genehmigungen Übergangsregelungen und differenziert einerseits zwischen Genehmigungen, die vor dem 28. Oktober 2011, und andererseits Genehmigungen, die nach diesem Stichtag erteilt wurden. Bezüglich ersterer sieht der Staatsvertrag vor, dass die Genehmigungen ab Inkrafttreten des Vertrages für einen Zeitraum von fünf Jahren mit den Anforderungen an die Erteilung einer Erlaubnis nach dem Ersten GlüÄndStV als vereinbar anzusehen sind (§ 29 Abs. 4 Satz 2 Erster GLüÄndStV). Bezüglich der Genehmigungen die nach dem 28. Oktober 2011 erteilt wur-

⁸ Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV) vom 30. Januar 2007/31. Juli 2007, in Brandenburg in Kraft aufgrund des Glücksspielgesetzes des Landes Brandenburg vom 17. Dezember 2007 (GVBl. I S. 218).

⁹ Zu den Hintergründen und Überlegungen zu den im Gesetzentwurf für ein BbgSpielhG (Fn. 2) enthaltenen Abständen siehe auch Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage Nr. 2134 (Drs. 5/5677), Antwort zur Frage 1 a).

den, regelt der Staatsvertrag, dass diese für eine Übergangszeit von einem Jahr mit den staatsvertraglichen Anforderungen an die Erteilung einer Erlaubnis als vereinbar anzusehen sind (§ 29 Abs. 4 Satz 3 Erster GlüÄndStV).

Diese differenzierte Regelung berücksichtigt das Verfassungsgebot des Bestandsschutzes in Fällen der unechten Rückwirkung.¹⁰ Eine unechte Rückwirkung liegt immer dann vor, wenn die Rechtsfolgen einer neuen Norm für die Zukunft eintreten und bestehende Rechtspositionen dadurch entwertet werden.¹¹ Die Genehmigungen nach der Gewerbeordnung, die einen Mindestabstand und das Verbot von Mehrfachkonzessionen nicht vorsah, verlieren bezüglich der Spielhallen, die unter das Verbot fallen, durch das Erfordernis einer Erlaubnis nach den Anforderungen des Ersten GlüÄndStV ihre rechtliche Bestandskraft.¹²

Eine solche teilweise rückanknüpfende Neuregelung könnte zunächst im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip aus Art 20 Abs. 2 und 3 GG verfassungswidrig sein, denn dieses verbürgt auch den Grundsatz der Rechtssicherheit. Eine Norm ist grundsätzlich immer dann verfassungswidrig und nur ausnahmsweise gerechtfertigt, wenn ihre Rechtsfolge an bereits abgeschlossene, in der Vergangenheit liegende Sachverhalte anknüpft, auf die der Betroffene keinen Einfluss mehr ausüben kann (sog. echte Rückwirkung).¹³ Eine solche Regelung liegt jedoch mit dem Ersten GlüÄndStV nicht vor, da er ausnahmslos Sachverhalte für die Zukunft, nämlich ab Inkrafttreten des Ersten GlüÄndStV, regelt.

Ein solcher Fall der unechten Rückwirkung auf eben noch nicht abgeschlossene und somit noch andauernde Sachverhalte ist im Regelfall verfassungskonform. Eine Ausnahme von dieser Regel gilt nur, wenn der Betroffene mit dem Eingriff nicht zu rechnen brauchte oder sein Vertrauen schutzwürdiger ist als das mit dem Gesetz verfolgte Anliegen. Nur in einer

¹⁰ Hierzu etwa BVerfGE 95, 64, 86, st. Rspr.

¹¹ So Dreier, Grundgesetzkommentar, 2. Aufl., 2006, Rn. 164 zu Art. 20 GG.

¹² Nach Angaben der Landesregierung in der Antwort auf die Kleine Anfrage Nr. 2134 (Fn. 9) sind von der Abstandsregelung in Cottbus 11, in Brandenburg a. d. Havel 6, in Potsdam 11 und in Frankfurt/Oder 5 Bestandsspielhallen betroffen. In den Landkreisen gibt es zum Teil nur eine (Landkreis Elbe-Elster) oder bis zu 9 betroffene Bestandsspielhallen (Landkreis Spree-Neiße). Insgesamt führt die Landesregierung im gesamten Land Brandenburg 79 betroffene Bestandsspielhallen an (Tabelle zu der Antwort auf Frage 1 b).

¹³ Siehe hierzu Schmidt-Bleibtreu, Hofmann, Hopfau, GG-Kommentar, 12. Aufl., 2011, Rn. 39 zu Art. 2 GG.

solchen Konstellation wäre eine Verfassungswidrigkeit anzunehmen.¹⁴ Denn der Bürger muss auf den Fortbestand bestehender Normen und der daraus für ihn resultierende Rechte und Pflichten vertrauen dürfen und sein Leben und seine Existenz danach zumindest für eine gewisse Dauer ausrichten können. Dem steht jedoch der soziale Wandel der Gesellschaft und die Notwendigkeit gegenüber, bestehende Gesetze anzupassen, um das Recht fortbilden zu können.¹⁵ Grundsätzlich besteht daher keine Kontinuitätsgarantie für bestehende gesetzliche Regelungen; der Vertrauensschutz des Bürgers kann nicht schrankenlos gewährt werden. Vielmehr sind diese Interessen mit den Interessen des Gesetzgebers, das Recht der Fortentwicklung gesellschaftlicher Problemstellungen anzupassen, nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang zu bringen.¹⁶ Vertrauensschutz besteht zumindest dort nicht, wo der Bürger mit einer Veränderung des Rechts hätte rechnen müssen, da dann sein Vertrauen auf den Bestand der Vorschriften nicht schutzwürdig ist.¹⁷ Dem trägt der Erste GlüÄndStV dahingehend Rechnung, dass er zwischen Altgenehmigungen differenziert, die vor und nach dem 28. Oktober 2011 erteilt wurden. Die kürzere Übergangsfrist für Genehmigungen die nach dem 28. Oktober 2011 erlassen wurden, liegt darin begründet, dass die Betroffenen ab diesem Zeitpunkt mit einer Änderung der Rechtslage rechnen mussten, denn bereits im April 2011 wurde der Entwurf eines Ersten GlüÄndStV zur Anhörung freigegeben. Die kurze Übergangsfrist dient zudem dazu, die Einholung von Vorratserlaubnissen in Kenntnis der beabsichtigten Rechtsänderung zu verhindern.¹⁸ Die Fortgeltungsfrist alter Genehmigungen, die vor dem 28. Oktober 2011 erlassen wurden, schafft einen Vertrauensausgleich der Betroffenen unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Es soll auf diesem Weg vermieden werden, dass die Betreiber empfindliche finanzielle Einbußen aufgrund früherer Investitionen erleiden, die sie in ihrem Vertrauen auf den Bestand der bisherigen gesetzlichen Bestimmungen getätigt haben. Die Fünfjahresfrist soll nach Auffassung des im Änderungsstaatsver-

¹⁴ So Schmidt-Bleibtreu, Hofmann, Hopfau a. a. O. (Fn. 13).

¹⁵ Vgl. Gutachten des PBD „Berücksichtigung des Vertrauensschutzes bei der Umstellung der staatlichen Altersversorgung für Abgeordnete auf eine eigenverantwortliche Altersversorgung“ m. w. N., abrufbar unter folgendem Link:
http://10.142.223.6/store/uploads/media/25-03-2011_Vertrauensschutz_bei_Umstellung_der_Altersversorgung_5-41.pdf.

¹⁶ Hierzu Dreier (Fn. 11), Rn. 151 ff. zu Art. 20 GG.

¹⁷ So Dreier (Fn. 11), Rn. 168 zu Art. 20 GG.

¹⁸ Einzelbegründung Erster GlüÄndStV zu den Nummern 24 und 25 (§ 29 Übergangsregelungen), Drs. 5/5076.

trag zum Ausdruck kommenden Willens der Vertragsparteien ausreichen, einen stufenweisen Rückbau von Spielhallen zu ermöglichen.¹⁹

Um das Vertrauens- und Bestandsschutzinteresse der Betroffenen weiter zu stärken, sieht der Erste GlüÄndStV in begründeten Einzelfällen zudem eine Befreiung von den Anforderungen an die Erteilung einer Erlaubnis (nach neuem Recht) vor und hält diese für einen „angemessenen Zeitraum“ für zulässig, überlässt es jedoch den Ländern, diesbezüglich nähere Regelungen in ihren Ausführungsgesetzen zu treffen (§ 29 Abs. 4 Satz 4 Erster GlüÄndStV).

Die Übergangs- und Härtefallbestimmungen im Gesetzentwurf für ein Brandenburgisches Spielhallengesetz (BbgSpielhG-E) sehen dazu vor, dass für den Fall, dass Spielhallen den Mindestabstand von 300 bzw. 500 Metern unterschreiten oder in einem baulichen Verbund untergebracht sind, nach Ablauf der Übergangsfrist von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Ersten GlüÄndStV derjenige Betreiber eine Erlaubnis erhält, der über die älteste Erlaubnis nach § 33i GewO verfügt. Bei zeitgleich erteilten Erlaubnissen erfolgt eine Auswahlentscheidung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände (§ 7 Abs. 1 Erster GlüÄndStV in § 3 BbgSpielhG-E). Bezüglich der Befreiungsregelung orientiert sich der Brandenburgische Gesetzentwurf am Wortlaut des Ersten GlüÄndStV und lässt eine Befreiung von den Anforderungen an den Mindestabstand und dem Verbot von Mehrfachkonzessionen für einen „angemessenen Zeitraum“ zu.

2. Möglichkeiten einer rechtssicheren Verankerung eines Bestandsschutzes

a) Entfristung der Übergangs- und Härtefallregelung

Die gesetzliche Verankerung eines Bestandschutzes betroffener Spielhallen könnte zunächst durch eine Aufhebung der Übergangsfristen erreicht werden. In Betracht kommt zum einen eine unbefristete Vereinbarkeit der alten Genehmigungen nach § 33i GewO mit den Erlaubnisanforderungen des Staatsvertrages und zum anderen eine unbefristete Befreiung von den Voraussetzungen nach § 2 BbgSpielhG-E. Ein solcher umfassender Bestandsschutz müsste aber im Einklang mit den Regelungen des Ersten GlüÄndStV stehen, wenn dieser für die Länder und damit für den Landesgesetzgeber verbindlich ist.

¹⁹ So im Ergebnis auch Antwort der Landesregierung auf die Kleine Anfrage Nr. 2134 (Fn. 9), Antwort auf Frage 4.

aa) Bindung des Landesgesetzgebers an den Änderungsstaatsvertrag

Die inländische Bindungswirkung eines Staatsvertrages ergibt sich aus der Verbindlichkeit des jeweiligen Zustimmungsgesetzes eines Bundeslandes. Der Staatsvertrag selbst kann nach der Ratifikation des jeweiligen Bundeslandes durch dieses nicht mehr einseitig geändert werden. Dies folgt aus dem gewohnheitsrechtlich anerkannten und unserer Rechtsordnung immanenten *pacta sunt servanda*-Grundsatz,²⁰ d. h. Verträge sind da, um erfüllt zu werden. Dem Land bleibt nach Unterzeichnung (und Ratifikation) lediglich die Möglichkeit, das Vertragsverhältnis zu kündigen, um sich von den sich aus dem Vertrag ergebenden Rechten und Pflichten zu lösen. Dies setzt im Regelfall voraus, dass der Staatsvertrag eine entsprechende Kündigungsmöglichkeit vorsieht. Dies ist im Ersten GlüÄndStV der Fall, der in § 35 Abs. 3 vorsieht, dass der Vertrag von jedem der Länder zum Schluss eines Kalenderjahres gekündigt werden kann. Daraus folgt im Umkehrschluss die Verbindlichkeit des Vertrages für alle unterzeichnenden Länder vom Zeitpunkt des Inkrafttretens am 1. Juli 2012 bis zu seinem Außerkrafttreten am 30. Juni 2021. Das Zustimmungsgesetz als förmliches Gesetz sichert zum einen den inländischen Vollzug des Staatsvertrages und zum anderen, dass der rechtsstaatlich verankerte Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes und damit auch die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers gegenüber der exekutiv agierenden Landesregierung gewahrt bleiben.²¹ Zudem dient es der Transformation des Vertrages in die Rechtsordnung des jeweiligen Bundeslandes. Es bewirkt die Einbeziehung der vertraglichen Regelung in die innerstaatliche Rechtsordnung, denn der Vertrag ist untrennbarer Bestandteil des Vertragsgesetzes.

Für unmittelbar anwendbare Vertragsnormen hat der Inhalt des Staatsvertrages somit rechtsetzende Bedeutung. Aber auch solche Vertragsnormen haben innerstaatliche Geltung, welche das Land zu gesetzgeberischem Handeln verpflichten bzw. vom Landesgesetzgeber (näher) ausgefüllt werden müssen,²² wie dies im Falle des Ersten GlüÄndStV mit dem BbgSpielhG-E erfolgen soll. Folglich ergibt sich die Bindungswirkung des Ersten

²⁰ Zu diesem im Zivil- und im öffentlichen Recht gleichermaßen grundlegenden Rechtsprinzip siehe etwa bei Weller, Die Vertragstreue – Vertragsbindung, Naturalerfüllungsgrundsatz, Leistungstreue, 2009, S. 96 ff.

²¹ Schmidt-Bleibtreu, Hofmann, Hopfauf (Fn. 13), Rn. 59 zu Art. 59 GG.

²² Schmidt-Bleibtreu, Hofmann, Hopfauf (Fn. 13), Rn. 60 zu Art. 59 GG.

GlüÄndStV für das Land Brandenburg im Konkreten aus dem Zustimmungsgesetz²³ vom 28. Juni 2012.

bb) Wortlaut des Ersten GlüÄndStV

Der Wortlaut des Staatsvertrages sieht ausdrücklich eine Übergangsregelung von einem bis zu maximal fünf Jahren vor, § 29 Abs. 4 Satz 2 und 3 Erster GlüÄndStV. Damit ist das Auslaufen der ursprünglich legalen Genehmigungen nach § 33i GewO ausgehend von dem Wortlaut des Staatsvertrages fristgebunden. Zwar räumt § 29 Abs. 4 Satz 5 Erster GlüÄndStV den Ländern ein, das Nähere in Ausführungsbestimmungen zu regeln, dies bezieht sich jedoch nur auf die Regelungen zu den Befreiungsmöglichkeiten in § 29 Abs. 4 Satz 4 Erster GlüÄndStV. Auch diese müssen sich aber in den Grenzen des Wortlautes des Staatsvertrages halten. Damit scheidet eine gänzliche Aufhebung der Jahres- bzw. Fünfjahresfrist am klaren Wortlaut des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages. Auch bezüglich der Befreiungsmöglichkeit von einzelnen Erlaubnisanforderungen sieht der Staatsvertrag ausdrücklich lediglich eine Befreiung während eines „angemessenen Zeitraums“ und keine unbefristete Befreiung vor (vgl. § 29 Abs. 4 Satz 4 Erster GlüÄndStV). Der Zeitraum ist dann angemessen, wenn die Befreiung auf einen Zeitraum beschränkt ist, der erforderlich ist, um unzumutbaren Belastungen Rechnung zu tragen, ohne die mit §§ 24 und 25 Erster GlüÄndStV verfolgten Allgemeinwohlinteressen auf Dauer hintanzustellen.²⁴ Ein unbefristeter Bestandsschutz wäre daher mit dem Wortlaut des § 29 Abs. 4 Erster GlüÄndStV nicht vereinbar.

cc) Systematik

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt eine systematische Auslegung des Ersten GlüÄndStV, die die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum Glücksspielwesen berücksichtigt.

Das BVerfG stellte bereits in seinem Urteil vom 28. März 2006²⁵ fest, dass ein staatliches Monopol für Sportwetten mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG nur dann vereinbar sei, wenn es konsequent am Ziel der Bekämpfung von Suchtgefahren ausge-

²³ § 1 Gesetz zu dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 28. Juni 2012 (GVBl. I Nr. 29).

²⁴ Einzelbegründung Erster GlüÄndStV (Fn. 18), zu den Nummern 24 und 25, dort insbesondere zu Absatz 4.

²⁵ Urteil des BVerfG, 1. Senat, vom 28.03.2006, Az. 1 BvR 1054/01, BVerfGE 115, 276 ff.

richtet ist. Es machte damit deutlich, dass fiskalische Erwägungen nicht im Vordergrund stehen dürfen, auch wenn sie eine positive Begleiterscheinung der Monopolisierung sind. Dieser präventive Zweck sei verfehlt, wenn der Staat bestimmte Bereiche des Glücksspielwesens an sich zieht mit der Begründung, die Gesellschaft vor den Gefahren des Glücksspiels schützen zu wollen, und andere Bereiche, wie das gewerbliche Automaten-spiel, völlig unbeachtet (und damit ungeregelt) lässt.

In seinem Urteil vom 8. September 2010 zum (ursprünglichen) deutschen Glücksspielvertrag hat der EuGH ebenfalls zunächst klargestellt, dass es der Zulässigkeit eines Staatsmonopols nicht entgegensteht, wenn von verschiedenen Arten von Glücksspielen einige einem staatlichen Monopol unterliegen und andere nicht.²⁶ Der Gerichtshof sieht dessen Kohärenz eines solchen Monopols jedoch als problematisch an, wenn ein Mitgliedsstaat bei anderen Glücksspielen mit höheren Suchtpotentialen (wie gerade bei gewerblichen Automaten-spielen) die Einnahmenmaximierung im Wege von Angebotserweiterung und Ermunterung zum Spiel duldet oder sogar betreibt.

Die bisherige Gesetzeslage sah keine Beschränkung für Spielhallen vor. Dies führte zu einer deutlichen Erhöhung der Anzahl der Spielhallen in den letzten Jahren, verbunden mit der problematischen Folge des damit einhergehenden Anstiegs der Glücksspielsucht. Der Gerichtshof führte weiter aus, dass das der Errichtung des Staatsmonopols zugrunde liegende Ziel, Anreize zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen zu vermeiden und die Spielsucht zu bekämpfen, mit der Erweiterung des Angebots gewerblicher Glücksspiele nicht mehr wirksam verfolgt und daher der Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) durch das Staatsmonopol nicht mehr gerechtfertigt werden kann.²⁷

Der Erste GlüÄndStV trägt den Vorgaben des EuGH und des BVerfG u. a. dadurch Rechnung, dass er die Erlaubniserteilung für Spielhallen durch Mindestabstandsregelungen und das Verbot von Mehrfachkonzessionen beschränkt und somit die Möglichkeiten für die Spieler, ihrer Sucht nachzugehen, verringert. Eine unbefristete Nichtanwendung des Erlaubnisvorbehalts oder eine unbefristete Befreiung von einzelnen Erlaubnisanforderungen an bestehende Spielhallen stünde daher auch systematisch mit den Zielen des Ersten GlüÄndStV nicht im Einklang.

²⁶ EuGH, Urteil vom 08.09.2010, C-316/07, NVwZ 2010, S. 1409 ff.

²⁷ Begründung Erster GlüÄndStV (Fn. 18), Allgemeine Begründung bei A. I. 1.

dd) Zweck und Ziel

Auch mit den Zielen und dem Zweck des ersten GlüÄndStV wäre ein unbegrenzter Bestandsschutz nicht vereinbar. Kernziel des Vertrages ist die Vermeidung und Bekämpfung der Glücksspielsucht (§ 1 Satz 1 Nr. 2), die Kanalisierung und Begrenzung des Glücksspielangebotes (§ 1 Satz 1 Nr. 2), der Jugend- und Spielerschutz (§ 1 Satz 1 Nr. 3) sowie die Sicherstellung eines fairen Spiels und der Schutz vor Kriminalität (§ 1 Satz 1 Nr. 4).²⁸ Das gewerbliche Automatenspiel soll wegen seines hohen Suchtpotentials und der zu verzeichnenden expansiven Entwicklung zusätzlichen Beschränkungen unterworfen werden. Sein Charakter als bloßes Unterhaltungsspiel soll wieder stärker akzentuiert werden. Auch soll einer weiteren Ausweitung des Marktes entgegengewirkt werden.²⁹ Diese Ziele wären mit einem unbegrenzten Bestandsschutz bestehender Spielhallen, die nicht den Erlaubnisanforderungen des Ersten GlüÄndStV entsprechen, nicht zu erreichen; der Bestandsschutz würde zu einem Einfrieren des (als unbefriedigend empfundenen) status quo führen. Eine Entfristung der Übergangsregelungen der Befreiungsmöglichkeit ist daher auch mit dem Sinn und Zweck des Ersten GlüÄndStV nicht vereinbar.

b) Zwischenergebnis

Ausgehend von seinem Wortlaut, der Systematik, dem Zweck und den Zielen des Staatsvertrages besteht kein Raum für einen unbegrenzten Bestandsschutz für bestehende Spielhallen, wenn diese nicht den Erlaubnisanforderungen genügen. Als Konsequenz aus dem vom EuGH festgestellten Ungleichgewicht zwischen der staatlichen Monopolisierung zum Zweck des Schutzes der Gesellschaft einerseits und der fehlenden Kontrolle und Regelungsmechanismen bezüglich gewerblicher Automatenspiele andererseits, die im Widerspruch zum Zweck des staatlich Monopols stehen, sieht der Erste GlüÄndStV nunmehr ausdrücklich Zulassungsbeschränkungen für Spielhallen mit dem Ziel der Bekämpfung der Spielsucht vor. Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, das einen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit durch die staatliche Monopolisierung allein aus diesen Erwägungen für gerechtfertigt hält. Die Länder sind daher auch aus Gründen des materiellen Verfassungs- und des Gemeinschaftsrechts gehalten, in ihren Ausführungsgesetzen Übergangsregelungen zu schaffen, die nicht den Zielen des Staats-

²⁸ Begründung Erster GlüÄndStV a. a. O. (Fn. 27).

²⁹ Begründung Erster GlüÄndStV (Fn. 18), Allgemeine Begründung bei A. I. 7.

vertrages widersprechen, eine effektive Eindämmung der Spielsucht, wenn auch unter Berücksichtigung des Vertrauensschutzes der Betroffenen, zu gewährleisten.

3. Lösung am Beispiel von Bremen und Hessen

a) Bremisches Spielhallengesetz

Die Freie Hansestadt Bremen orientiert sich in der Übergangsregelung ihres Ausführungsgesetzes am Wortlaut des Ersten GlüÄndStV. Danach erlischt eine vor dem 1. Juli 2012 erteilte Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle mit Ablauf des 30. Juli 2017. Die Fortsetzung des Betriebes nach dem 30. Juli 2017 erfordert eine Erlaubnis nach dem neuen Bremischen Spielhallengesetz.³⁰ Eine differenzierte Regelung im Sinne von § 29 Abs. 4 Satz 3 Erster GlüÄndStV zwischen Genehmigungen, die vor und nach dem 28. Oktober 2011 erteilt wurden, kommt in der Freien Hansestadt Bremen nicht zur Anwendung, da bereits mit dem Inkrafttreten des Bremischen Spielhallengesetzes vom 20. Mai 2011 ein Mindestabstand zwischen Spielhallen eingeführt wurde. Dies entspricht den Vorgaben des Ersten GlüÄndStV, der für die nach der Gewerbeordnung erteilten Genehmigungen mit Inkrafttreten des Staatsvertrages eine Übergangsfrist von fünf Jahren mit den Erlaubnisanforderungen für vereinbar hält, § 29 Abs. 4 Satz 2 Erster GlüÄndStV.

Das Bremische Spielhallengesetz enthält zudem die Möglichkeit, von den Anforderungen an die Erteilung einer Erlaubnis entsprechend den Regelungen des Ersten GlüÄndStV zu befreien. In begründeten Einzelfällen und unter den Voraussetzungen des § 11 Abs. 4 Bremisches Spielhallengesetz kann eine Erlaubnis auch dann erteilt werden, wenn die Spielhalle den Mindestabstand von 250 Metern Luftlinie zu einer anderen Spielhalle unterschreitet oder sie sich in einem baulichen Verbund mit anderen Spielhallen befindet. Die Erlaubnis kann jedoch gemäß § 2 Abs. 1 Satz 2 Bremisches Spielhallengesetz maximal für eine Dauer von 5 Jahren erteilt werden, so dass auch die Befreiung zunächst höchstens für diesen Zeitraum von 5 Jahren wirkt. Eine zeitlich darüber hinaus wirkende Befreiung sieht das Bremische Spielhallengesetz nicht ausdrücklich vor. Allenfalls könnte man eine weitergehende Auslegung in Betracht ziehen. Auch diese muss sich aber an die Vorgaben des Staatsvertrages halten. Es müsste daher anhand des konkreten Einzelfalles ermittelt werden, welcher Zeitraum noch angemessen ist, dem Vertrauensschutz des Betroffenen

³⁰ Bremisches Glücksspielgesetz (Brem. GBl. 2012 S. 255), Artikel 3 Nr. 8. Der Gesetzentwurf mit Begründung ist zu finden in Bürgerschafts-Drs. 18/329.

Rechnung zu tragen. Dies dürfte jedoch den Zeitraum von fünf Jahren regelmäßig nicht überschreiten. § 11 Abs. 5 Bremisches Spielhallengesetz regelt zudem die Einsichtnahme der zuständigen Behörde in die für die Feststellung des Vertrauensschutzes notwendigen Unterlagen, um eine präzise Einzelfallentscheidung zu gewährleisten. Dies entspricht vollumfänglich den Vorgaben des Staatsvertrages und ist mit seinem Wortlaut, seiner Systematik und seinen Zielen rechtlich vereinbar.

b) Hessisches Spielhallengesetz

Für das Hessische Ausführungsgesetz zum Ersten GlüÄndStV³¹ war zunächst im Entwurf vorgesehen, dass Genehmigungen, die vor dem 28. Oktober 2011 erteilt wurden, für 15 Jahre mit den Erlaubnisanforderungen als in Einklang stehend anzusehen wären.³² In der Begründung zu diesem ersten Entwurf wird ausgeführt, dass der Zeitraum von 15 Jahren im Hinblick auf den verfassungsrechtlich zu beachtenden Bestandsschutz notwendig sei. Die Frist wurde mit Einbringung eines Änderungsvorschlages dem Wortlaut des Ersten GlüÄndStV folgend auf fünf Jahre begrenzt. Zugleich wurde die Möglichkeit einer Befreiung für eine angemessene Zeit, *„die in der Regel eine Gesamtdauer von 15 Jahren nicht überschreiten soll“*, eingeräumt. Damit sieht das Hessische Spielhallengesetz für bestehende Spielhallen, die nicht den Anforderungen des Ersten GlüÄndStV entsprechen, einen sehr weitgehenden Bestandsschutz vor.

Es ist allerdings fraglich, ob ein solcher Zeitraum der in Ausnahmefällen sogar über 15 Jahre hinausgehen kann, mit den Zielen und dem Zweck des Staatsvertrages noch im Einklang steht. Zweck der Befreiung ist es, den verfassungsrechtlichen Vertrauensschutz der Betroffenen im Hinblick auf ihre berufliche Existenz zu gewährleisten. Der Staatsvertrag räumt hierzu einen „angemessenen“, vom Einzelfall abhängigen Zeitraum ein und definiert keine zeitliche Obergrenze. Damit steht einer solchen Regelung der Wortlaut des Ersten GlüÄndStV zunächst nicht entgegen.

Etwas anderes ergibt sich jedoch aus dem Zweck des Staatsvertrages. Die Eindämmung der Spielsucht im Hinblick auf Automaten Spiele würde ins Leere laufen, wenn durch diese

³¹ Inzwischen verabschiedet und verkündet: Hessisches Spielhallengesetz vom 28. Juni 2012, Hess-GVBl. S. 213.

³² Ursprünglicher Gesetzentwurf für ein Hessisches Spielhallengesetz vom 24. Januar 2012, Hess-LT Drs.18/5186.

Regelung ein quasi unbegrenzter Bestandsschutz der betroffenen Spielhallen entstünde. Das wäre mit dem Ersten GlüÄndStV nicht zu vereinbaren. Dem versucht der Hessische Landesgesetzgeber zwar entgegenzuwirken, indem er eine Befreiung ebenfalls nur in Einzelfällen und nur zur Vermeidung unbilliger Härten zulässt und die Erteilung einer solchen Befreiung von einer umfassenden Abwägung mit den Zielen des § 1 Abs. 3 Hessisches Spielhallengesetz, welche den Zielen des Ersten GlüÄndStV entsprechen, abhängig macht. Ob damit allerdings die Verfolgung des Zwecks des Staatsvertrages hinreichend gewährleistet ist, erscheint zumindest fraglich.

4. Zusammenfassung und Stellungnahme

Ein (zeitlich) unbegrenzter Bestandsschutz für bestehende Spielhallen, die nicht mit den Erlaubnisanforderungen des Ersten GlüÄndStV und des Landesausführungsgesetzes im Einklang stehen, ist mit dem Staatsvertrag nicht vereinbar. Die Verfolgung des Ziels, die Spielsucht insbesondere im Bereich der Automaten Spiele einzudämmen, erfordert eine flächenmäßige Begrenzung auch der vorhandenen Spielhallen.

Ein unbegrenzter Bestandsschutz widerspricht auch der Rechtsprechung des EuGH und des BVerfG. Ein staatliches Monopol im Bereich des Glücksspielwesens ist nach Leitentscheidungen beider Gerichte nur dann gerechtfertigt und mit Blick auf die Berufsfreiheit aus Art 12 GG und der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV rechtmäßig, wenn die Monopolisierung Ausfluss des Schutzes der Gesellschaft vor den Gefahren des Glücksspieles ist und nicht überwiegend fiskalischen Zwecken dient. Will man das staatliche Monopol im Bereich des Glücksspielwesens erhalten, folgt daraus, dass auch für auf das gewerbliche Anbieten von Glücksspiel durch Private Regelungen und Kontrollmechanismen zu schaffen sind. Sie dürfen mithin nicht unkontrolliert zugelassen werden.

Allerdings muss der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz der Betroffenen ausreichend Berücksichtigung finden. Dem trägt der Erste GlüÄndStV hinreichend Rechnung und legt gleichzeitig – für den Landesgesetzgeber bindend – die Grenzen für die Ausgestaltungsmöglichkeit in den Landesausführungsgesetzen fest. Die Entscheidung über den Bestandsschutz muss daher, ausgehend vom Staatsvertrag, immer eine Einzelfall- und Ausnahmeentscheidung unter Abwägung des Vertrauensschutz und der Ziele des Ersten GlüÄndStV bleiben. Eine generelle rechtssichere Verankerung eines Bestandsschutzes kann es nicht geben. Dies stünde den Zielen des Ersten GlüÄndStV entgegen. Jedoch sind die zeitlichen Möglichkeiten in Härtefallentscheidungen, wie das Beispiel Hessen

deutlich macht, nicht eindeutig abgrenzbar. Ob allerdings eine Befreiung in Härtefällen über einen Zeitraum von bis zu 15 Jahren (so Hessen) noch angemessen ist, darf zumindest bezweifelt werden.

gez. Carolin Schulze

gez. Rolfdieter Bohm