

- Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung und zum Betrieb von Spielhallen (Spielhallengesetz –SpielhG) der Landesregierung Schleswig-Holstein, LT-Drs. 17/1934 -

I.

Formelle Verfassungswidrigkeit

Die Verfassungsmäßigkeit der geplanten Regelungen setzt in formeller Hinsicht die Gesetzgebungskompetenz des Landes voraus. Diese unterliegt im Hinblick auf die *nachträgliche Befristung bestehender Erlaubnisse* nach § 33 i GewO (§ 11 Abs. 1), das *Verbot der Mehrfachkonzessionen* (§ 3 Abs. 1), die *Abstandregelungen* (§ 3 Abs. 2) sowie die *Werbeverbote und Gestaltungsregelungen* (§ 4 Abs. 1 bis 3) erheblichen rechtlichen Bedenken:

1. Fehlende lokale Radizierung

Die den Ländern in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zugewiesene Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen ist auf Regelungen mit besonderem örtlichen Bezug beschränkt. Eine Gesetzgebungsbefugnis für spielhallenbezogene Regelungen besteht daher nur dann, wenn diese *vollständig und ausschließlich lokal radiziert* sind, d.h. sie neben ihrem Ortbezug keine darüber hinausreichenden Wirkungen entfalten.

Vgl. Kluth, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhalle nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (2009), S. 36 ff.; Degenhart in Sachs, Grundgesetz, Kommentar, 5. Auflage 2009, Art. 74, Rn. 47; Oeter in Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band II, Art. 20 - 82, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, Rn. 77 und 91; Hans-Peter Schneider, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 77; Seiler in Epping/Hillgruber, Grundgesetz, Kommentar 2009, Art. 74, Rn. 44; a.A. Dietlein, die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder für das Spielhallenwesen, ZfWG 2008, S. 12 ff.

- Ein solcher örtlicher Regelungsbezug fehlt bei der *Befristung bestehender Erlaubnisse* (§ 11 Abs. 1). Die Regelung erfolgt vielmehr landeseinheitlich und

knüpft nicht an örtliche Verhältnisse an.

- Der örtliche Regelungsbezug fehlt ferner für das *Verbot der Mehrfachkonzessionen* (§ 3 Abs. 1) und die *Abstandsregelungen* (§ 3 Abs. 2). Beide Regelungen haben allgemeine landesweite Geltung und knüpfen gerade nicht an die konkrete Situation vor Ort an. Im Interesse des Spielerschutzes reduzieren sie die Spielhallendichte ohne Ortsbezug nach landeseinheitlichen Kriterien.
- Kompetenzwidrig sind auch die *Werbeverbote und Gestaltungsregelungen* (§ 4 Abs. 1 bis 3), die ebenfalls allgemein und unabhängig von der Situation vor Ort greifen und keinen lokalen Bezug zum Standort einer Spielhalle aufweisen.

2. Sperrwirkung des Bauplanungsrechts

Das *Verbot der Mehrfachkonzessionen* (§ 3 Abs. 1) und die *Abstandsregelungen* (§ 3 Abs. 2) betreffen darüber hinaus die *Nutzung von Grund und Boden*. Die Regelungen sind primär bauplanungsrechtlicher Natur und kompetenziell dem Bodenrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) zuzuordnen, das durch den Bund im Baugesetzbuch (BauGB) und in der Baunutzungsverordnung (BauNVO) abschließend geregelt ist. Eine Landesgesetzgebung ist damit gem. Art. 72 Abs. 1 GG ausgeschlossen.

II.

Materielle Verfassungswidrigkeit

Wesentliche der vorgesehenen Regelungen des SpielhG sind darüber auch materiell verfassungswidrig und verletzen Berufsfreiheit und Eigentum der Spielhallenbetreiber:

1. Verfassungswidrigkeit der Einzelregelungen

- Das *Verhältnis der Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 Satz 1 zu § 33i Gewerbeordnung (GewO)* ist unklar. Sollte durch § 2 Abs. 1 Satz 1 tatsächlich ein weiteres Erlaubnisverfahren neben § 33i GewO statuiert werden, liegt hierin ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit. Ob die Voraussetzungen der §§ 2 und 3 erfüllt sind, kann ohne Weiteres im Verfahren nach § 33i GewO geprüft werden, ohne dass es einer weiteren spielhallenrechtlichen Erlaubnis bedarf.
- Das *Abstandsgebot von 300 Metern Luftlinie* zu anderen Spielhallen und Einrich-

tungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen (§ 3 Abs. 2) führt in Kombination mit dem Bauplanungsrecht zu einem faktischen Errichtungsverbot neuer Spielhallen. Das Bauplanungsrecht lässt zur Errichtung von Spielhallen bereits generell nur in wenigen ausgewählten Gebieten Raum (Mischgebiete, Kerngebiete und Gewerbegebiete). Zusätzlich besteht die Möglichkeit, sie durch planerische Ausweisungen zu beschränken. Ein Abstandsgebot von 300 m beseitigt alle verbleibenden Spielräume. Es beinhaltet ein Ansiedlungsverbot auf einer Fläche mit einem Durchmesser von 600 m, das angesichts der beträchtlichen Zahl an Einrichtungen wie Kindertagesstätten, Schulen, Spielplätzen, Sportstätten, Schwimmbädern, Jugendheimen, Jugendclubs sowie Tanz- und Musikschulen regelmäßig die ganze Innenstadt umfasst und keinerlei Raum für Spielhallen lässt.

In seiner Wirkung entspricht das Abstandsgebot damit einer objektiven Berufswahlbeschränkung. Diese muss zur Abwehr nachweisbarer oder höchst wahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zwingend geboten sein. Letzteres ist nicht der Fall, da die Regelung auf unbewiesenen und nicht einmal plausiblen Annahmen fußt. Ein gesundheitlicher Nutzen eines Mindestabstands von 300 Metern ist wissenschaftlich nicht belegt.

Überdies lässt die Regelung des § 3 Abs. 2 S. 1, wonach ein Mindestabstand von 300 Metern Luftlinie zu bestehenden Spielhallen nicht unterschritten werden darf, *keinerlei Raum für Härtefälle* unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse im Umfeld des Standorts, was gleichfalls unverhältnismäßig ist.

Demgegenüber ist die Abstandsregelung zu Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen (S. 2) bereits ungeeignet, da Spielhallen Kindern und Jugendlichen – im Gegensatz zu Lottoannahmenstellen oder Glücksspielseiten im Internet – nicht zugänglich sind und bereits zahlreiche andere, gesetzlich geregelte Maßnahmen zum Jugendschutz existieren (z.B. Erteilung von Auflagen gem. § 33i Abs. 1 Satz 2 GewO oder Versagung der Erlaubnis gem. § 33i Abs. 2 Nr. 3 GewO). Die nur hier enthaltene Härtefallklausel („soll“) ist zudem zu unbestimmt. Die Entscheidung über die Befreiung obliegt im konkreten Einzelfall ohne nähere Angabe von Kriterien über Inhalt, Zweck und Ausmaß dem Ermessen der Behörde. Aufgrund der Grundrechtsrelevanz der Entscheidung ist es geboten, die konkreten Maßstäbe einer etwaigen Befreiung im Gesetz selbst zu bestimmen.

- Ein empirischer Beleg für die dem *Verbot von Mehrfachkonzessionen* (§ 3 Abs. 1) zugrundeliegende Annahme, Mehrfachkonzessionen steigerten das pathologische

Spielverhalten, existiert nicht. Gleiches gilt für die Grundannahme, dass sich eine Eindämmung des Spieltriebs dadurch erreichen ließe, dass der Spieler an die „frische Luft“ muss, bevor er an weiteren Geldspielgeräten spielen kann. Die geplante Regelung unterliegt damit bereits im Hinblick auf ihre erforderliche Eignung gravierenden verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken.

- Die *nachträgliche Befristung* rechtmäßig erteilter Erlaubnisse gem. §§ 33i GewO *auf fünf Jahre* (§ 11 Abs. 1) entzieht eine bestandskräftige und unbefristete öffentlich-rechtliche Rechtsposition, die nicht nur als Grundlage einer gewerblichen Betätigung diene, sondern im Vertrauen auf deren Bestand umfängliche Investitionen getätigt wurden. Aufgrund des ausnahmslosen Verbots der Mehrfachkonzessionen handelt es sich für Mehrfachkonzessionäre um eine entschädigungspflichtige Legalenteignung i. S. d. Art. 14 Abs. 3 GG.
- Die *fünfjährige Übergangsfrist* für Bestandsspielhallen ist unverhältnismäßig kurz und damit selbst dann verfassungswidrig, wenn man sie lediglich als Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG verstehen würde, da sich die Investitionen erst nach einem längeren Zeitraum amortisiert haben. Abhängig vom konkreten Einzelfall können sich Zeiträume von 15 bis 30 Jahre ergeben.
- § 11 Abs. 1 Satz 3 (*vorzeitige Erlaubnispflicht bei Inhaberwechsel*) wirkt in Kombination mit den Abstandsregelungen und dem Verbot von Mehrfachkonzessionen für natürliche Personen als absolutes Veräußerungshindernis. Dies stellt einen schweren und unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dar. Die hieraus resultierende Ungleichbehandlung natürlicher und juristischer Personen verletzt ferner den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG).
- Der Entwurf enthält keine Regelungen zu der Frage, welcher Bestandsbetrieb bei *paralleler Antragstellung* nach Ablauf der Übergangsfrist in § 11 Abs. 1 S. 2 genehmigt wird. Da Spielhallen, die in einem gemeinsamen Gebäude untergebracht sind, oftmals verschiedenen Eigentümern gehören, verletzt das hiermit verbundene „Windhundprinzip“ die Anforderungen an Transparenz und Chancengleichheit und verstößt gegen den Gesetzesvorbehalt (Wesentlichkeitstheorie).
- Die *Befristung neuer Erlaubnisse* auf längstens 15 Jahre (§ 2 Abs. 3) ist unverhältnismäßig. Spielhallenerlaubnisse werden gem. § 33i GewO unbefristet erteilt. Ein sachlicher Grund für eine Befristung existiert auch nicht. Ebenso wenig wer-

den Kriterien für eine exakte Bemessung der Befristung genannt.

- Die bußgeldbewährten *Werbeverbote* in § 3 Abs. 3 sind nicht nur zu unbestimmt, sondern auch ungeeignet, das Ziel der Spielsuchtprävention zu erreichen, weil Rundfunk-, TV- und Printwerbung, die einen deutlich weiteren Empfängerkreis erreichen, weiterhin möglich bleiben. Sie gehen ferner ohne ersichtlichen Grund weit über § 26 Abs. 1 GlüG hinaus, der für deutlich gefährlichere Glücksspiele in Spielbanken und im Internet viel geringere Werberestriktionen enthält.
- Die übergangslose Einführung *einer siebenstündigen Sperrzeit* für Spielhallen (§ 8) wird zu Umsatzeinbrüchen von über 30 % führen, die von den Spielhallenbetreibern nicht aufgefangen werden können und deren Auswirkungen durch die fortlaufenden Lohnkosten für das Personal, das bislang im „Drei-Schicht-Betrieb“ tätig ist und nicht fristlos gekündigt werden kann, weiter verstärkt werden. Die Regelung ist damit unverhältnismäßig und entwertet die den bestehenden Spielhallen erteilten Erlaubnisse in ihrer Substanz um praktisch ein Drittel.
- § 6 Abs. 2 Nr. 6, nach der *in jeder Spielhalle stets eine Aufsichtsperson* anwesend sein muss, ist unverhältnismäßig und belastet all jene Spielhallenbetreiber übermäßig, die an einem Standort über mehrere Konzessionen verfügen.

2. Verfassungswidrige Eingriffskumulation

Erlangen mehrere Grundrechtseingriffe durch ihr Zusammenwirken ein besonderes Gewicht, sind die Auswirkungen auf die Grundrechtsträger nicht isoliert, sondern in ihrer Summe als „*kumulativer*“ *Grundrechtseingriff* zu würdigen. Die Einzelregelungen machen in ihrer Gesamtheit und erst recht in Kombination mit der von den Kommunen erhobenen Vergnügungssteuer, der vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie mit einem Diskussionsentwurf begonnenen Änderung der Spielverordnung sowie den baurechtlichen Restriktionen einen wirtschaftlichen Spielhallenbetrieb unmöglich und haben erdrosselnde Wirkung. Der Entwurf erweist sich damit als insgesamt unverhältnismäßig, weil er die *Kumulation* der Eingriffe durch das SpielhG, die geplante Novellierung der Spielverordnung, die Belastungen durch kommunale Vergnügungssteuern sowie den bestehenden bauplanungs- und gewerberechtlichen Restriktionen negiert.

III.

Inkohärenz / Mangelnde Folgerichtigkeit

Die Verschärfungen im Bereich der gewerblichen Spielhallen verstoßen schließlich auch gegen das vom EuGH entwickelte und im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung verordnete Kohärenzgebot, das auch in der Rechtsprechung des BVerfG mehr und mehr betont wird.

Vgl. EuGH, Urt. v. 06.11.2003, Rs. C- 243/01 (Gambelli), Slg. 2003, I-13031, Rn. 67; Urt. v. 10.03.2009, Rs. C-169/07 (Hartlauer), Slg. 2009, I-1721, Rn. 55; Urt. v. 08.09.2010, Rs. C-316/07 (Markus Stoß), GewArch. 2010, 444, Rn. 88, 97 ff. und Rs. C- 46/08 (Carmen Media), NVwZ 2010, 1422, Rn. 64 ff.; BVerfG, Urt. v. 30.07.2008 – 1 BvR 3262/07 (Rauchverbot), E 121, 317, 344.

Aus dem Kohärenzgebot folgt zum einen, dass der Mitgliedstaat die Gemeinwohlziele, denen die Regelung dienen soll und die die Beschränkung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit legitimieren sollen, auch tatsächlich verfolgen muss und nicht in Wahrheit andere - insbesondere finanzielle - Ziele verfolgen darf. Zum anderen darf die fragliche Regelung nicht durch die Politik in anderen Glücksspielsektoren, selbst wenn für diese andere Hoheitsträger desselben Mitgliedsstaats zuständig sind, konterkariert werden. Genau dies ist vorliegend jedoch der Fall:

Während mit dem vom 01.01.2012 in Kraft getretenen Glücksspielgesetz in Schleswig-Holstein erstmals eine abgestufte und dem jeweiligen Gefahrenpotential der verschiedenen Glücksspielarten angemessene Neuausrichtung der landesrechtlich geregelten Glücksspiele erfolgt ist, verfolgt der Entwurf des SpielhG-SH einen diametral entgegengesetzten Kurs, indem das Land anstelle einer kohärenten Regelung zum früheren, erfolglosen Politikansatz von Verbot und Prohibition zurückkehrt.

Es ist weder vor dem Unions- noch vor dem Verfassungsrecht zu rechtfertigen, einerseits Casinospiele und Sportwetten im Internet rund um die Uhr vollumfänglich zuzulassen und zugleich andererseits die ortsgebundenen Spielhallen in der vorgesehenen Form legislativ über die Grenzen der Wirtschaftlichkeit hinaus bis hin zur faktischen Legalenteignung zu beschweren. Aufgrund der mit dem Glücksspielgesetz vorgenommenen Marktausweitungen im Lotteriebereich (Lockerung der Werbebeschränkungen und Angebotsausweitung), der Öffnung des Sportwettbereichs im Internet sowie vor allem der Öffnung bei gefährlicheren Glücksspielen wie Casinospielen im Internet sind die einschneidenden Eingriffe gegenüber den gewerblichen Spielhallen evident inkohärent. Dies gilt insbesondere für die geplante Ein-

führung einer siebenstündigen Sperrzeit für Spielhallen (§ 8) bei gleichzeitiger Öffnung des Internets für Sportwetten und Casinospiele ohne jegliche zeitliche Limitierung.

Die Regelungen beinhalten darüber hinaus auch eine *Ungleichbehandlung gegenüber den Spielbanken*: Während in Spielhallen das entgeltliche oder unentgeltliche Anbieten von Speisen generell unzulässig ist (§ 4), dürfen die Spielbanken nicht nur Speisen und alkoholische Getränke anbieten, sondern für ihre Glücksspielautomaten in den Automatenälen auch uneingeschränkt werben und diese in ihren Automatenälen ohne zahlenmäßige Beschränkung konzentrieren. Das Aufstellen von technischen Geräten zur Bargeldabhebung ist in Spielbanken gleichfalls zulässig, wohingegen die Sperrzeit mit fünf Stunden (§ 3 SpielbankVO) bei ihnen um rd. 30 Prozent kürzer ausfällt. Dieses Regelungsgefälle wiegt umso schwerer, als die in Spielhallen aufgestellten Geldspielgeräte gem. SpielV einer Vielzahl restriktiver technischer Zulassungsvoraussetzungen unterliegen, die u.a. die Gefahr unangemessen hoher Verluste in kurzer Zeit ausschließen sowie Einsätze und Gewinne begrenzen. Darüber hinaus sieht die SpielV weitere Beschränkungen vor, wie etwa der fünfminütige Stillstand der Geräte nach einer Stunde Laufzeit, das Verbot von Jackpotsystemen und die Verpflichtung der Betreiber, Warnhinweise anzubringen und Spieler auf Beratungsmöglichkeiten hinzuweisen.

Bonn, den 17.01.2012

Rechtsanwälte Dr. Ronald Reichert und Marco Rietdorf, Fachanwälte für Verwaltungsrecht