

Prof. Dr. Friedhelm Hufen
o. Professor für Öffentliches Recht -
Staats- und Verwaltungsrecht
an der Universität Mainz

D-55128 Mainz
Backhaushohl 62
Tel.: (06131) 3 44 44
Fax: (06131) 36 14 49
hufen.friedhelm@t-online.de

Verfassungsrechtliche Maßstäbe und Grenzen einer Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels

Thesen für das Pressegespräch am 22.11.2011

1. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit umfasst grundsätzlich das Recht, Geld-Gewinnspielgeräte vorbehaltlich gesetzlicher Regelungen zu jeder Zeit, an jedem Ort, in jeder Anzahl gewerblich herzustellen, zu vertreiben, aufzustellen und benutzen zu lassen. Einschränkungen dieses Rechts sind begründungsbedürftige Eingriffe in die Berufsfreiheit.

2. Maßnahmen, die der gezielten Eindämmung eines Berufes dienen und gerade in ihrer Kumulation zur Existenzgefährdung der Grundrechtsinhaber führen, können nicht isoliert und als gewöhnliche Berufsausübungsregeln oder subjektive Berufszulassungsregeln betrachtet werden. Ihrer Zielsetzung und ihrem Gewicht für die Adressaten nach handelt es sich vielmehr um objektive Berufszulassungsschranken, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) nur zum Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig sind. Das gilt auch für Standortbeschränkungen, Abstandsgebote, Verbote von Mehrfachkonzessionen und Höchstzahlen von Geräten.

3. Der Kompetenztitel „Spielhallen“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 n.F. GG umfasst nur die räumlichen Aspekte, nicht aber die Regelung der (u.a.) in Spielhallen ausgeübten Berufe, der technischen Voraussetzungen von Geld-Gewinnspielgeräten und des gewerblichen Geld-Gewinnspiels insgesamt. Das materielle Recht des gewerblichen Geld-Gewinnspiels einschließlich der bestehenden Konzessionen ist vielmehr weiterhin in §§ 33c-i GewO und der auf der Basis von § 33f GewO erlassenen Spielverordnung (SpielV) geregelt und verdrängt entgegenstehendes Landesrecht.

4. Soweit eine Regelungskompetenz der Länder besteht und die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse sowie die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit einen Staatsvertrag nahelegen, gefährden widersprüchliche und überlappende Regelungen auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene die verfassungsrechtlich gebotene Kohärenz und Bestimmtheit.

5. Das Eindämmungskonzept des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages (1. GlüÄndStV) und die vorliegenden Gesetze und Gesetzentwürfe einiger Bundesländer werfen im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit gravierende verfassungsrechtliche Bedenken auf. Fragwürdig ist bereits, ob es wirklich ein

überragend wichtiges Gemeinwohlziel ist, erwachsene Menschen vor möglichen Gefahren des Geld-Gewinnspiels zu bewahren. Im Hinblick auf die Eignung der Maßnahmen ist die Kausalität der bekämpften Formen des gewerblichen Geld-Gewinnspiels für pathologisches Spielverhalten keineswegs erwiesen. Mildere Mittel zur Beeinflussung des Spielerverhaltens, zum Schutz Minderjähriger und zur Steuerung städtebaulich unerwünschter Entwicklungen sind in Gestalt der SpielV, des Jugendschutzrechts, des Bauplanungsrechts (BauGB und BauNVO) und anderer Regelungen längst vorhanden. In den Überlegungen und Regelungen des 1. GlüÄndStV und der Landesgesetze sind sie aber weder hinreichend erwogen noch berücksichtigt worden. In ihrer kumulativen Wirkung sind die vorgeschlagenen Regeln unzumutbar und führen zu gravierenden Nebenfolgen. Sie benachteiligen das gewerbliche Geld-Gewinnspiel gegenüber Spielbanken, Lotterien und Sportwetten und widersprechen dem Gebot der Folgerichtigkeit und Kohärenz. Gerade letzteres lässt die Vermutung zur Gewissheit werden, dass letztlich fiskalische Interessen die Maßnahmen bestimmen.

6. Übergangsregelungen, die es bereits im Beruf befindlichen Grundrechtsinhabern ermöglichen, den Beruf weiter auszuüben, stellen nur dann einen Ausgleich dieses besonders schweren Eingriffs dar, wenn sie für die erfasste Gruppe unbefristet sind. Enthält ein Gesetz eine Übergangsfrist, nach deren Ablauf die belastende Berufsregelung ganz oder teilweise gilt, dann handelt es sich nicht um eine Begünstigung, sondern lediglich um einen Aufschub eines schwerwiegenden Eingriffs in die Berufswahlfreiheit. Eine Übergangsfrist schiebt den Grundrechtseingriff nur auf, hebt ihn aber nicht auf.

7. Im Hinblick auf den notwendigen Vertrauensschutz sind die gängigen Formeln von „echter“ und „unechter“ Rückwirkung, Begünstigung und Belastung, schützenswertem Freiheitsgebrauch und weniger schützenswerten Erwartungen und Chancen, Berufsausübungsregelung und Berufswahl wenig hilfreich; sie überdecken vielmehr den schwerwiegenden Eingriff in die bestehende Berufstätigkeit. Notwendig ist die konkrete Zuordnung privater und öffentlicher Belange und Rechte nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz.

8. Grundsätzlich muss die Berufstätigkeit von bereits aktiven Grundrechtsinhabern auf Dauer gesichert bleiben. Für die Berechnung einer Übergangsfrist können die Amortisierung der eingesetzten Investitionen, die Abschreibung von Gebäuden, Geräten und Einrichtungen sowie die Dauer der Mietverträge und der Beschäftigungsverhältnisse Anhaltspunkte bieten.

9. Die in der Öffentlichkeit angeführten Gründe für die Eindämmung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels fordern kein sofortiges oder allenfalls um 5 Jahre aufgeschobenes Inkrafttreten von praktisch berufsbeendenden Maßnahmen. Im Vergleich dazu sind die Folgen der Eingriffe aus der Sicht der Betroffenen wesentlich schwerer wiegend.

10. Unabhängig von der Anerkennung eines „eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs“ steht fest, dass das Unternehmen in der Gesamtheit seiner vermögenswerten Rechte durch Art. 14 GG geschützt ist.

11. Bestandskräftige Erlaubnisse nach §§ 33c-i GewO sind wirksame Verwaltungsakte, die nur unter den Voraussetzungen von § 49 VwVfG gegen

Entschädigung widerrufen werden können. Als durch eigene Leistung erworbenes, geldwertes und als solches im Rechtsverkehr anerkanntes Vermögen sind sie nicht nur wirtschaftliche Chance, sondern geschütztes Eigentum i.S. von Art. 14 GG.

12. Eine gesetzliche Entziehung und Befristung der Erlaubnisse nach §§ 33c ff. GewO stellt aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Enteignung dar. Es handelt sich hier nicht nur um eine Nutzungsregelung, sondern um einen Eingriff in die Substanz des Eigentums, dessen eigentliches Ziel die Vermögensverschiebung zugunsten staatlicher Monopole und staatlich geförderter und „abgeschöpfter“ Konzessionäre ist. Eine Entziehung oder substantielle Beschränkung durch Gesetz ist als Legalenteignung nur möglich, wenn das Gesetz selbst verfassungsgemäß, zur Verwirklichung eines wichtigen Gemeinwohlziels geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Außerdem muß das Gesetz nach Art. 14 Abs. 3 GG eine Entschädigungsregelung enthalten.

13. Ein pauschales Erlöschen eigentumsgeschützter Erlaubnisse nach nur 5 Jahren wäre offensichtlich unverhältnismäßig. Entsprechende Regelungen wären auch schon wegen Verstoßes gegen Art. 14 Abs. 3 GG nichtig, weil notwendige Entschädigungs- sowie hinreichend bestimmte Härtefallregelungen fehlen.

14. Selbst dann, wenn die ergriffenen Maßnahmen nicht als Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG einzuordnen wären, stellten sie unverhältnismäßige gesetzliche Ausprägungen der Sozialpflicht des Eigentums dar („ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmungen“). Als solche wären sie nur verhältnismäßig, wenn den Betroffenen eine angemessene Entschädigung garantiert wird.

15. Ein Verbot der Vermittlung von Sportwetten in einem Gebäude oder Gebäudekomplex, in dem sich eine Spielhalle oder eine Spielbank befinden (§ 21 Abs. 2 1. GlüÄndStV), wäre unverhältnismäßig und folglich verfassungswidrig. Schon damit entfällt auch die Verfassungsmäßigkeit einer Entziehung bestehender Erlaubnisse, wenn diese nicht mit § 21 Abs. 2 1. GlüÄndStV übereinstimmen.

16. Die zusätzliche Erlaubnispflicht für öffentliche Glücksspiele (§ 4 Abs. 1 1. GlüÄndStV) kann bei verfassungskonformer Auslegung nicht für solche Geld-Gewinnspiele gelten, die bereits durch §§ 33c und d GewO sowie die SpielV erfasst sind. Andernfalls wäre sie formell verfassungswidrig. Sie wäre auch inhaltlich inkonsequent und unverhältnismäßig.

17. Die zusätzliche Erlaubnispflicht für die Errichtung und den Betrieb einer Spielhalle (§ 24 Abs. 1 1. GlüÄndStV) ist gleichfalls verfassungswidrig, weil sie über die Regelungskompetenz nach Art. 70 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG hinausgeht und gegen die Gebote der Bestimmtheit, Kohärenz und Verhältnismäßigkeit verstoßen würde.

18. Abstandsgebote zwischen Spielhallen und andere Standortbeschränkungen sind kompetenziell dem Bauplanungsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG - „Bodennutzung“) zuzuordnen, das durch den Bund im Baugesetzbuch (BauGB) und in der Baunutzungsverordnung (BauNVO) abschließend geregelt ist. Inhaltlich wäre ein solches Gebot in den diskutierten Größenordnungen von 250 m und mehr ungeeignet zur Erreichung legitimer Gemeinwohlziele und unzumutbar.

19. Auch das Verbot des Betriebens einer Spielhalle im baulichen Verbund mit einer bestehenden Spielhalle (§ 25 Abs. 2 1. GlüÄndStV) wäre ohne angemessene Ausnahme-, Übergangs- und Entschädigungsregelungen verfassungswidrig.

20. Gegenüber der Möglichkeit der Länder, die Zahl der Genehmigungen für Spielhallen in einer Gemeinde zu begrenzen (§ 25 Abs. 3 1. GlüÄndStV), bestehen bereits kompetenzrechtliche Bedenken. Die Norm würde überdies gegen das Gebot der Bestimmtheit und Kohärenz, sowie als objektive Zulassungsschranke gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip und damit gegen Art. 12 GG verstoßen.

21. Auch die vorgesehenen Werbeverbote (§ 5 Abs. 2 1. GlüÄndStV) und die Gestaltungsregeln für Spielhallen (§ 26 Abs. 1 1. GlüÄndStV) sind kompetenzrechtlich bedenklich, inhaltlich zu unbestimmt und unverhältnismäßig.

22. Die im Entwurf zum 1. GlüÄndStV vorgesehene Unwirksamkeit von Erlaubnissen gemäß § 33i GewO, die nach dem 28.10. 2011 erteilt wurden und den Beschränkungen der §§ 24 und 25 1. GlüÄndStV nicht entsprechen (§ 29 Abs. 4 S. 3 1. GlüÄndStV), verstößt sowohl gegen Art. 12 GG als auch gegen Art. 14 GG und wäre verfassungswidrig. Hinzukommt, dass eine Baugenehmigung den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz bereits konkretisiert und damit ein zusätzlicher verfassungswidriger Eigentumseingriff vorliegt, wenn vor dem Stichtag eine Baugenehmigung für das Vorhaben erteilt wurde aber noch keine gewerberechtliche Erlaubnis gem. § 33i GewO existiert.

23. Die vorgesehene Unwirksamkeit von Erlaubnissen gem. § 33i GewO nach 5 Jahren (§ 29 Abs. 4 S. 2 1. GlüÄndStV) verstößt sowohl gegen Art. 12 GG als auch gegen Art. 14 GG und wäre verfassungswidrig. Das gilt grundsätzlich auch für die in § 29 Abs. 4 Satz 4 und 5 des 1. GlüÄndStV enthaltenen „Befreiungsregelungen“. Diese sind bei weitem zu unbestimmt, um insbesondere den „eindämmungswilligen“ Landesgesetzgebern und Landesbehörden zuverlässige Grenzen zu setzen. Liegen wirklich „unbillige Härten“ vor, dann folgt schon daraus ein verfassungsrechtlich begründeter Bestandschutz, der es ausschließt, der hier angesprochenen Landesverwaltung noch einen Ermessenspielraum einzuräumen.

24. Entsprechendes gilt für die inhaltsgleichen oder ähnlichen Regelungen und Regelungsvorschläge der Bundesländer.

25. § 5 Abs. 1 Spielhallengesetz Berlin (SpielhG Bln), der in Anpassung an das AutomatenSpiel in Spielbanken eine Sperrzeit für Spielhallen von 03:00 bis 11:00 Uhr vorsieht, verstößt gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), weil sie mit Spielbanken und Spielhallen zwei völlig unterschiedliche Gegenstände gleich behandelt. Das gilt umso mehr, als in Spielbanken das klassische „große“ Spiel bis 06:00 geöffnet ist. Für bereits bestehende Spielhallen ist die Regelung vor allem deshalb unzumutbar, weil bei einer sofortigen Geltung der Sperrzeiten bestandskräftige Erlaubnisse in ihrer Substanz um praktisch ein Drittel entwertet werden. Ein Drittel des Personals müsste – mit entsprechenden arbeitsrechtlichen Konsequenzen - entlassen werden.

26. § 8 Abs. 3 SpielhG Bln, nach dem auch bei einer für 5 weitere Jahre bestehenden Erlaubnis die Zahl der Geräte innerhalb von 24 Kalendermonaten auf tatsächlich nur ein Geld- oder Warenspielgerät je 12 qm (Einzelaufstellung), die Gesamtzahl von 12

auf 8 Geräte zurückgeführt werden muss (§ 4 Abs. 2 SpielhG Bln), überschreitet die Gesetzgebungskompetenz des Landes und ist auch inhaltlich als unverhältnismäßige Sozialbindung des Eigentums verfassungswidrig. Ist der Betrieb mit der neuen Höchstzahl nicht mehr wirtschaftlich zu führen, dann ist auch das Eigentum am Unternehmen als Ganzes betroffen.

27. Verwaltungsgebühren müssen dem Äquivalenzprinzip folgen und angemessene Gegenleistung für den Verwaltungsaufwand sein. Die Erhebung einer „Abschreckungsgebühr“ mit dem Ziel der Eindämmung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels ist unzulässig. Eine Ausrichtung der Gebühr für eine Spielhallenerlaubnis an derjenigen für eine Spielbank ist grob unverhältnismäßig und gleichheitswidrig.

28. Die Vergütungssteuer muss im Kern der Erzielung kommunaler Einnahmen dienen und darf keine erdrosselnde oder einen Wirtschaftszweig gezielt eindämmende Wirkung haben. Das exakt ist aber der Fall, wenn Kommunen sie erhöhen, um gewerbliches Geld-Gewinnspiel wirtschaftlich unattraktiv zu machen.