

**RECHT DES GEWERBLICHEN GEWINNSPIELS
UND RECHT DER SPIELHALLEN
IN DER KOMPETENZORDNUNG DES GRUNDGESETZES**

Rechtsgutachten

erstellt von

Prof. Dr. Christoph Degenhart

Universität Leipzig

- 2013 -

Übersicht

VORBEMERKUNG: GUTACHTENSAUFTRAG – DER GANG DER UNTERSUCHUNG	6
I. NORMATIVE AUSGANGSLAGE	7
1. Föderalismusreform 2006: Kompetenzverlagerung auf die Länder	7
a) Inhalt und Begründung der Grundgesetzänderung	7
b) Die prinzipielle Fragestellung: Bestimmung der Kompetenzmaterie	9
2. Einfachgesetzliche Rechtslage, insbesondere: gewerbliches Gewinnspiel nach GewO.....	10
a) Überblick: Glücksspiel zwischen Ordnungsrecht und Gewerberecht	10
aa) Ordnungsrechtliche Regulierung des Glücksspiels	10
bb) Regelung des Gewinnspiels im Gewerberecht.....	12
b) Geräteaufstellung, andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit: § 33c bis e GewO.....	13
c) Spielhallen, § 33i GewO.....	16
d) Verordnungsermächtigung und untergesetzliches Recht.....	17
aa) § 33f GewO – Inhalt der Norm und Änderungshistorie.....	17
bb) Entwicklung des Ordnungsrechts.....	19
e) Bilanz: gefestigter Normenbestand	22
aa) Verfassungsänderung und gefestigte Rechtslage.....	22
bb) Zusammenfassende Chronologie der Rechtsentwicklung	23
3. Landesrecht nach der Verfassungsänderung.....	25
a) Glücksspieländerungsstaatsvertrag	25
b) Ausführungsgesetze / Spielhallengesetze der Länder	28
aa) Standorte und Geräteaufstellung.....	28
bb) Sperrdateien.....	30
cc) weitere Betreiberpflichten.....	31
c) Bilanz der Landesgesetzgebung.....	33
II. GEWERBERECHT UND RECHT DER SPIELHALLEN IM BUNDESSTAATLICHEN KOMPETENZGEFÜGE	35
1. Die kompetenzrechtliche Fragestellung	35
a) Zur Bestimmung der Gesetzgebungskompetenz: Auslegung der Kompetenznorm und kompetenzmäßige Zuordnung	35
b) Recht der Spielhallen als Kompetenzbegriff – Problemstellung und Meinungsstand	36
aa) § 33i GewO als Bezugspunkt	36
bb) Gegenstimmen	37
c) Der kompetenzielle Anspruch im GlüÄndStV	38
d) Ersetzungsbefugnis der Länder, Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG	39
aa) „Ersetzung“ i.S.v. Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG	39
bb) „Gemengelage“ von Bundes- und Landesrecht	41
cc) Ersetzungsbefugnis und „Lebensbereiche“	42
dd) Weitere Kompetenzmaterien	44
e) Die nähere kompetenzrechtliche Fragestellung	45
aa) Komplexität der kompetenzrechtlichen Fragestellung	45

bb) Gesetzgebung im Schnittfeld von Bundes- und Landeszuständigkeit – Überblick	46
2. Die kompetenzrechtliche Fragestellung in ihrer Bedeutung für die Gesetzgebung der Länder – Schwerpunkte der Kompetenzkonflikte.....	48
a) Erlaubnisvoraussetzungen – Abstandsregelungen und Verbundverbot	48
aa) Erlaubnispflicht.....	48
bb) Abstandsregelung und Verbundverbot ohne Vorbild in der GewO	49
cc) Zusammenfassung der kompetenzrechtlichen Fragestellung	51
b) Anforderungen an Gestaltung und Betrieb, insbesondere: zahlenmäßige Begrenzung der Spielgeräte – Ersetzung des § 3 SpielV.....	52
aa) SpielV und Ermächtigungsgrundlage – zur Ersetzungsbefugnis des Landesgesetzgebers bei Rechtsverordnungen	52
bb) Die kompetenzrechtliche Fragestellung – Zahl der Spielgeräte.....	52
cc) Abgabe von Speisen und Getränken.....	54
c) Zusätzliche Anforderungen an den Betrieb: Sachkundenachweis und Sozialkonzept	54
aa) Landesrechtliche Anforderungen und Bundesrecht.....	54
bb) Kompetenzrechtliche Fragestellung.....	55
d) Werbebeschränkungen und –verbote, Gestaltung der Spielhallen	56
aa) Landesrechtliche Beschränkungen.....	56
bb) Die kompetenzrechtliche Fragestellung.....	56
e) Sperrdateien als Kompetenzfrage.....	57
aa) Selbstsperrungen als Instrument des Spielerschutzes im Glücksspielrecht	57
bb) Zentrale Sperrdateien	58
cc) Die kompetenzrechtliche Fragestellung	59
aaa) Die grundsätzliche Fragestellung: ordnungsrechtliche Überformung des Gewerberechts ?	59
bbb) Fragen kompetenzmäßiger Zuordnung.....	59
f) Ermächtigung zu weitergehenden Regelungen	60
3. Spielhallen und Spielgeräte als Recht der Wirtschaft.....	61
 III. RECHT DER SPIELHALLEN, ART. 74 ABS. 1 NR. 11 GG – INHALT UND TRAGWEITE DER KOMPETENZNORM	62
1. Kompetenzmaterie „Recht der Spielhallen“ – Bestimmung nach § 33i GewO.....	62
a) Historische Auslegung und Entwicklung des Rechtsgebiets – normativ-rezeptive Benennung der Kompetenzmaterie.....	62
b) Spielhallenrecht als normativ vorgeprägte Materie – Anknüpfung an § 33i GewO	65
c) Bestätigung durch die Entstehungsgeschichte.....	66
aa) Bedeutung für die Verfassungsauslegung	66
bb) Genese des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.....	68
aaa) Föderalismuskommission	68
bbb) Umsetzung in der Föderalismusreform.....	70
d) Verifizierung an Hand weiterer Auslegungskriterien	72
2. Bestimmung der Kompetenzmaterie in Abgrenzung sachlich zusammenhängender Kompetenzbereiche	74
a) Einfachgesetzliche Abgrenzung der Materien und Kompetenznorm	74
aa) Abgrenzungserfordernisse	74
bb) Vorgefundene normative Abgrenzung.....	75
cc) Maßgeblichkeit des örtlichen Regelungsbezugs.....	76
dd) Insbesondere: örtlicher Regelungsbezug und Jugendschutz	76

b) Keine Erweiterung der Länderkompetenz kraft Sachzusammenhangs	77
aa) Entgegenstehende positive Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers	77
bb) Fehlende Voraussetzungen einer Länderkompetenz kraft Sachzusammenhangs.....	78
3. Tragweite der Kompetenznorm und Schranken der Kompetenzausübung.....	80
a) Beschränkung des Landesgesetzgebers	80
b) Verfassung nach Gesetz? – keine unzulässige Verengung der Landeskompetenzen	81
c) Recht der Wirtschaft und ordnungsrechtliche Konzeption – Wertungswidersprüche zwischen Bundesrecht und Landesrecht	82
aa) Gewerberechtliche Konzeption des Bundesrechts.....	82
bb) Landesrecht.....	83
cc) Wertungswidersprüche	84
d) Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung.....	86
aa) Widerspruchsfreiheit als rechtsstaatliches und bundesstaatliches Problem	86
bb) Lösungsansätze	87
aaa) Die Vorranglösung: das Beispiel Abgabenkompetenz und Sachkompetenz.....	87
bbb) Die kompetenzrechtliche Lösung	88
ccc) „eng verzahnte Materien“	89
ddd) Bilanz: Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als Verfassungsdirektive.....	90
e) Zusammenfassung zur Tragweite der Kompetenzmaterien	90

IV. AKTUELLE GESETZGEBUNG ZUM RECHT DER SPIELHALLEN UND DES GEWERBLICHEN GEWINNSPIELS: KOMPETENZPRÜFUNG

1. Kriterien kompetenzmäßiger Zuordnung.....	92
2. Erlaubnisvoraussetzungen	93
a) Mindestabstände zwischen Spielhallen und zu anderen Einrichtungen, Verbundverbot	94
aa) kein Recht der Spielhallen nach § 33i GewO	94
bb) Kompetenzielle Zuordnung der Abstandsregelungen und des Verbundverbots.....	97
aaa) Recht der Spielgeräteaufstellung.....	97
bbb) Bodenrecht, Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG.....	99
ccc) Kompetenzrechtliche Qualifikation – Art. 74 Abs. 1 Nr. 7, 11 und 18 GG.....	102
ddd) Kompetenzsperre	102
cc) Ergebnis: Kompetenzwidrigkeit der Abstandsregelungen und des Verbundverbots	103
b) Anforderungen an die Gestaltung, insbesondere Aufstellung und Anzahl der Geräte, Ersetzung von § 3 SpielV	104
aa) Recht der Spielgeräteaufstellung und Spielhallenrecht – Abgrenzung der Kompetenzbereiche und SpielV.....	104
bb) Ersetzung von § 3 Abs. 2 SpielV durch Landesrecht ? – kompetenzmäßige Zuordnung.....	106
cc) Ersetzung von § 3 Abs. 3 SpielV ?.....	107
dd) Ergebnis: keine Ersetzung der SpielV	108
c) Zusätzliche Erlaubnisvoraussetzungen und Anforderungen an den Betrieb: Sachkundenachweis und Sozialkonzept	109
aa) Landesgesetzliche Anforderungen im Rahmen der Ersetzungsbefugnis des Art. 125a Abs. 1 GG ?	109
bb) Bundesrecht: zur Novelle der GewO	110
cc) Abgrenzung der Kompetenzsphären	111
d) Äußere Gestaltung der Spielhallen, Werbebeschränkungen.....	112
aa) Verbot der Spielwerbung durch Außengestaltung der Spielhallen als Kompetenzverstoß ...	112
bb) Verbot der Werbung im Fernsehen und im Internet	114
e) Sperrdateien.....	116

aa) Wirkungen	116
bb) Kompetenzwidrigkeit	117
aaa) kein örtlicher Regelungsbezug.....	117
bbb) Spielersperre als Instrument des materiellen Spielrechts – die maßgebliche kompetenzielle Zuordnung.....	118
bbb) Kompetenzverstoß und Konzeptwidrigkeit.....	119
ccc) Zur Spielerkarte	121
f) Ermächtigung des § 28 Satz 2 GlüÄndStV	121
g) Exkurs: Kompetenzfragen des § 13 Nr7a SpielV neu - Mehrplatzspielgeräte (Entwurfassung) .	122

V. ERGEBNISSE: KOMPETENZWIDRIGES LANDESRECHT -

ZUSAMMENFASSENDE BEWERTUNG124

1. Einzelne Kompetenzverstöße 124

2. Landesrecht im Widerspruch zur bundesrechtlichen Konzeption..... 126

ZUSAMMENFASSUNG WESENTLICHER ERGEBNISSE.....128

Vorbemerkung: Gutachtensauftrag – der Gang der Untersuchung

Die nachstehende, im Auftrag der Deutschen Automatenwirtschaft entstandene Untersuchung widmet sich Fragen der Gesetzgebungskompetenzen für das gewerbliche Spielrecht, hierbei vor allem für das Recht der Geräteaufstellung und das Recht der Spielhallen. Dabei soll insbesondere geprüft werden, ob und inwieweit landesrechtliche Beschränkungen des gewerblichen Spielbetriebs auf der Grundlage des Glücksspieländerungsstaatsvertrags vom 15. Dezember 2011¹ sowie weiterer Landesgesetze zum Glücksspiel und gewerblichen Gewinnspiel kompetenzgerecht erlassen wurden.

Zum besseren Verständnis soll nachstehend zunächst ein Überblick über die Verlagerung des Rechts der Spielhallen in die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit der Länder im Zuge der Föderalismusreform 2006 sowie über die Rechtsentwicklung auf Bundes- und Landesebene gegeben werden.

Nachstehend unter I.1, I.2 und I.3.

Im Anschluss hieran soll die grundsätzliche kompetenzrechtliche Fragestellung aufgezeigt

nachstehend II.1 und II.3

und in ihrer Bedeutung für eine Reihe von Kompetenzkonflikten verdeutlicht werden, die sich aus einer ausgreifenden Inanspruchnahme der Spielhallenkompetenz durch die Länder ergeben.

Nachstehend II.2.

Im zentralen Abschnitt der Untersuchung sind die grundsätzlichen Kriterien für die Beantwortung der kompetenzrechtlichen Fragestellung zu ermitteln. Hierfür ist im Wege der Verfassungsinterpretation die Kompetenznorm in ihrem sachlichen Gehalt zu bestimmen.

Nachstehend III.1.

¹ Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüÄndStV) vom 15. Dezember 2011, z.B. GBl. BW 2012 S. 388.

Ferner sind Kriterien für die Abgrenzung der Kompetenzmaterien und die Ausübung der Gesetzgebungskompetenzen zu bestimmen,

nachstehend III.2.

um abschließend die aufgezeigten Kompetenzkonflikte einer Lösung zuzuführen,

nachstehend IV.

und beispielhaft landesgesetzliche Bestimmungen zu benennen, die außerhalb der Spielhallenkompetenz der Länder liegen und deshalb kompetenzwidrig erlassen wurden, sowie die Gesetzgebung der Länder zusammenfassend zu bewerten.

Nachstehend V.

I. Normative Ausgangslage

1. Föderalismusreform 2006: Kompetenzverlagerung auf die Länder

a) Inhalt und Begründung der Grundgesetzänderung

Im Zuge der Föderalismusreform 2006² wurden durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes mit Wirkung zum 1. September 2006 aus der konkurrierenden Zuständigkeit für das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG einzelne Teilbereiche in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder verlagert, darunter auch das „Recht der Spielhallen“.³

² 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 28.08.2006, BGBl. I S. 2034.

³ Vgl. allgemein zur Entwicklung der Gesetzgebungskompetenzen im Bereich des Glücksspielrechts bzw. des Rechts des gewerblichen Gewinnspiels und ihrer wechselvollen Zuordnung zB *Schorkopf*, DÖV 2011, 260 (263); *Krause*, GewArch 2010, 428; *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Aufl. 2011, § 33h Rdn. 2 ff.; *Weidemann/Krappel*, NVwZ 2013, 673; zur Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG – *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009; *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, 2010; *Pieroth/Kolbe*, Kapriolen des Föderalismus. Die Entwicklung des Spielhallenrechts seit der Grundgesetzänderung 2006, in: Hartmann/Pieroth,

Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG hatte in der bis dahin geltenden Fassung gelautet:

Art. 74 (1) Die konkurrierende Gesetzgebung erstreckt sich auf folgende Gebiete:

....

11. das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen);

Durch das 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes wurde Nr. 11 wie folgt gefasst:

11. das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen) ohne das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schausstellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte;

Nach der Begründung zum Gesetzentwurf⁴ sollte eine „weitere Stärkung der Landesgesetzgeber“ dadurch erfolgen, „dass Kompetenzen mit besonderem Regionalbezug und solche Materien, die eine bundesgesetzliche Regelung nicht zwingend erfordern, auf die Länder verlagert werden⁵ – so der allgemeine Teil der Gesetzesbegründung.⁶ In der Einzelbegründung zur Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG heißt es lapidar:

„Aus der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis für das Recht der Wirtschaft wird das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schausstellung von Personen, der Messen, der Ausstel-

Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 /16 ff.).

⁴ BT-Drucks. 16/813.

⁵ Zur Entstehungsgeschichte eingehend *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 10 ff.

⁶ BT-Drucks. 16/813, S. 9.

lungen und der Märkte ausgenommen; es unterfällt damit künftig der ausschließlichen Gesetzgebungsbefugnis der Länder.“⁷

Wesentliche Intention des verfassungsändernden Gesetzgebers im Rahmen der Föderalismusreform war es dabei, den Ländern Materien zu überlassen, die ausschließlich lokal oder regional verankert, „radiziert“ sind.⁸

b) Die prinzipielle Fragestellung: Bestimmung der Kompetenzmaterie

Mit der Föderalismusreform 2006 hatten mithin die Länder die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für das „Recht der Spielhallen“ erlangt.⁹ Bundesrechtliche Vorschriften hierzu blieben gemäß Art. 125a Abs. 1 GG in Geltung, konnten bzw. können aber durch die Länder „ersetzt“ werden.¹⁰ Welche Regelungsgegenstände unter das „Recht der Spielhallen“ i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG fallen, wie der Kompetenzbegriff der Verfassungsnorm auszulegen ist, dies ist die zentrale Frage der nachstehenden Untersuchung.¹¹

Die mit der Föderalismusreform I vorgenommene Kompetenzverlagerung auf die Länder durch Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bezieht sich auf das „Recht der Spielhallen“. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bezieht sich nicht etwa generell auf das Recht des gewerblichen Gewinnspiels, oder konkret das Recht der Geldspielgeräte, anderer Spiele mit Gewinnmöglichkeit oder anderer Regelungsgegenstände, zu denen Berührungspunkte, möglicherweise auch Überschneidungen bestehen könnten. Vielmehr wurde, worauf im entstehungsgeschichtlichen Zusammenhang näher einzugehen sein wird,

⁷ A.a.O. S. 13.

⁸ Vgl. *Schneider*, *GewArch* 2009, 265, 343 (347 ff., 349).

⁹ S. hierzu und zu weiteren Kompetenzverlagerungen *Pieroth/Kolbe*, in: *Hartmann/Pieroth*, *Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht*, 2013, S. 15 (17 f.).

¹⁰ Zum Begriff der „Ersetzung“, der auf die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zurückgeht, *BT-Drucks. 12/8423 S. 6*, s. *Degenhart*, in: *Sachs*, *GG*, 6. Aufl. 2011, Art. 125a Rdn. 6.

¹¹ S. hierzu – insbesondere auch aus entstehungsgeschichtlicher Sicht – *Schneider*, *Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform 2009*; *Kluth*, *Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG*, 2010; *Dietlein*, *ZfWG* 2008, 12.

nachstehend III.1.c) bb);

das Recht des gewerblichen Gewinnspiels bewusst nicht in die Kompetenzverlagerung einbezogen.¹²

Um also sich die Bedeutung der Kompetenzverlagerung zu vergegenwärtigen, ist zunächst die unterverfassungsrechtliche Rechtslage bei Inkrafttreten der Verfassungsänderung darzustellen. Sie ist, wie auszuführen sein wird,

nachstehend III.1.a);

von maßgeblicher Bedeutung auch für die Bestimmung des Regelungsgehalts der Verfassungsnorm, die Auslegung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG,¹³ wo der verfassungsändernde Gesetzgeber für das Recht der Spielhallen wie für die weiteren dort genannten Teilbereiche des Rechts der Wirtschaft auf einen vorgefundenen gewerberechtlichen Normenbestand verweist.¹⁴

2. Einfachgesetzliche Rechtslage, insbesondere: gewerbliches Gewinnspiel nach GewO

a) Überblick: Glücksspiel zwischen Ordnungsrecht und Gewerberecht

aa) Ordnungsrechtliche Regulierung des Glücksspiels

§ 3 Abs. 1 GlüÄndStV definiert Glücksspiel als ein Spiel, in dessen Rahmen „für den Erwerb einer Gewinnchance ein Entgelt verlangt wird und die Entscheidung über den Gewinn ganz oder überwiegend vom Zufall abhängt“. In soweit kann unter Glücksspiel im weitesten Sinn die Teilnahme an den unterschiedlichen Formen von Lotterien, das Spiel in Spielbanken, wie auch das Spiel an Geldspielgeräten verstanden werden, wobei letzteres auch Elemente

¹² *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (20 f.).

¹³ Zur Auslegung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in Bezug auf das „Recht des Ladenschlusses“ s. SächsVerfGH LKV 2012, 309 = NVwZ-RR 2012, 873.

¹⁴ Vgl. *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (19 f.); *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, Art. 33i Rdn. 4; *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. 2010, Art. 74 Rdn. 91; für das Recht des Ladenschlusses s. SächsVerfGH NVwZ-RR 2012, 873.

des Geschicklichkeitsspiels aufweist.¹⁵ Die rechtliche Ordnung des so verstandenen Glücks- und Gewinnspiels war stets gekennzeichnet durch die herkömmliche¹⁶ Trennung zwischen dem Bereich eines ordnungsrechtlich geprägten¹⁷ Glücksspiels in einem rechtlich engeren Sinn und dem gewerblichen Gewinnspiel, insbesondere Geld-Gewinnspiel¹⁸ – wobei die Begriffe im allgemeinen Sprachgebrauch oftmals vermischt und auch im juristischen Sprachgebrauch nicht durchweg klar unterschieden werden.¹⁹ Zu ersterem zählten stets Lotterien, Renn- und Sportwetten²⁰ sowie das Spiel in Spielbanken. Kennzeichnend hierfür ist eine prinzipiell ordnungsrechtliche Konzeption,²¹ in der es primäre Aufgabe des Glücksspielrechts ist, das Glücksspiel einzudämmen und gleichzeitig „dem nicht zu unterdrückenden Spieltrieb des Menschen staatlich überwachte Betätigungsmöglichkeiten zu verschaffen“.²²

Dem entsprachen und entsprechen weiterhin weitgehende Monopole zugunsten der öffentlichen Hand. Die Bereitstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots wird gemäß § 10 Abs. 1 GlüÄndStV als eine öffentliche Aufgabe ordnungsrechtlichen Charakters statuiert. Sie obliegt den Ländern, die sie auch durch öffentlich-rechtliche Veranstalter oder privatrechtliche Beteiligungsgesellschaften, an denen sie maßgeblich beteiligt sind, erfüllen können. Anderen Veranstaltern dürfen nach § 10 Abs. 5 GlüÄndStV nur in begrenztem Rahmen Erlaubnisse erteilt werden. Nicht zuletzt auch im Hinblick auf die das Rechtsgebiet seit jeher prägenden strafrechtlichen Glücksspielverbote der §§

¹⁵ Vgl. zur Unterscheidung von Glücksspiel und Geschicklichkeitsspiel *Dietlein/Hüsken*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 2 Rdn. 3 ff. sowie dort § 33c Rdn. 1.

¹⁶ Zur historischen Entwicklung s. *Kummer*, Landesbericht Bundesrepublik Deutschland, in: Aubin/Kummer/Schroth/Wack, Die rechtliche Ordnung der Glücksspiele und Spielautomaten in europäischen Ländern, 1972 sowie *Kummer*, GewArch 1988, 264 ff.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 28, 119, 148 ff.); 102, 197 (213).

¹⁸ Vgl. BVerwGE 96, 293 (295)

¹⁹ Vgl. z.B. *Ronellenfitsch/Denfeld*, Die Vereinbarkeit von Zugangskontrollen für gewerbliche Spielstätten mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, 2009, S. 5.

²⁰ BVerwGE 96, 293 (295).

²¹ BVerfGE 28, 119 (148 ff.).

²² BVerfG a.a.O.

284 ff. StGB²³ war hier auch die grundrechtliche Zuordnung zum Schutzbereich der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG teilweise umstritten.²⁴

bb) Regelung des Gewinnspiels im Gewerberecht

Demgegenüber waren das Gewinnspiel, also das Spiel an Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit sowie Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeit herkömmlich gewerberechtlich geordnet.²⁵ Die Bestimmungen über Gewinnspielgeräte, insbesondere Geldspielgeräte und Spielhallen, waren stets gewerberechtllicher, nicht ordnungsrechtlicher Natur und beruhen auf dem seit Erlass der Gewerbeordnung bestimmenden Leitprinzip der mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes auch grundrechtlichen fundierten Gewerbefreiheit des § 1 GewO.²⁶ Zum Zeitpunkt der Grundgesetzänderung war das gewerbliche Spielrecht in der Gewerbeordnung geregelt²⁷ und war dort enthalten in den Bestimmungen der §§ 33c bis i GewO, die mit geringfügigen Änderungen auch zum gegenwärtigen Zeitpunkt geltendes Recht sind.²⁸ § 33c GewO betrifft die Aufstellung von Geldspielgeräten mit Gewinnmöglichkeit, § 33d die Veranstaltung von anderen Spielen. § 33e GewO regelt die für Spielgeräte erforderliche Bauartzulassung und die für andere Spiele erforderliche Unbedenklichkeitsbescheinigung. § 33i GewO betrifft „Spielhallen und ähnliche Unternehmen“. § 33f und § 33g GewO enthalten Verordnungsermächtigungen. § 33h GewO nimmt demgegenüber Spielbanken, Lotterien und andere Spiele im Sinne von § 33d GewO, die Glücksspiele nach § 284 StGB sind, vom Anwendungsbereich der Bestimmungen über Spielgeräte und andere Spiele aus.²⁹ Dies entspricht deren ordnungsrechtlicher Zuordnung.

²³ Vgl. OVG Koblenz GewArch 1991, 99; OVG Münster, GewArch 1979, 329.

²⁴ Vgl. vern. OVG Münster und OVG Koblenz a.a.O.; Berg, GewArch 1979, 249 ff.; Grundrechtsschutz bejahend gegen OVG Koblenz BVerwGE 96, 293 (297); BVerwGE 96, 302 (307); s. nunmehr grundsätzlich BVerfGE 102, 197 (213 ff.).

²⁵ Vgl. zur einfachgesetzlichen Begrifflichkeit Hahn, GewArch 2007, 89 (90).

²⁶ S. Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 1 Rdn. 96; BVerwGE 70, 180 Rdn. 18 bei juris.

²⁷ Pieroth/Kolbe, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (33 ff.).

²⁸ Zur Rechtsentwicklung s. zB Guckelberger, GewArch 2011, 177 (178 f.);

²⁹ Vgl. BVerwGE 96, 293 (295).

Mit dem GlüÄndStV wird diese Trennung der Materien jedoch insoweit abgeschwächt, als ein Teilausschnitt aus dem gewerblichen Gewinnspiel, das Recht der Spielhallen, nicht mehr im Gewerberecht, sondern im ordnungsrechtlich geprägten Glücksspielrecht der Länder geregelt wird. Gleichwohl handelt es sich nicht um Glücksspiel im engeren, rechtlichen Sinn der §§ 284 ff. StGB,³⁰ sondern um Recht des gewerblichen Gewinnspiels, nicht um Ordnungsrecht, sondern Wirtschaftsrecht. Wenn im folgenden also von Glücksspiel im rechtlichen Sinn die Rede ist,³¹ so ist damit nicht das gewerbliche Gewinnspiel an Geldspielgeräten gemeint, wie es im gewerblichen Spielrecht der §§ 33c ff. GewO geregelt ist,³² unabhängig davon, inwieweit es unter den Begriff des Glücksspiels oder den des Geschicklichkeitsspiels einzuordnen ist.³³ Geldspiel bzw. Gewinnspiel meint das Spiel an Geldspielgeräten.

b) Geräteaufstellung, andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit: § 33c bis e GewO

Maßgebliche Bestimmung für „Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit“ war hier nach § 33c GewO. Spielgeräte in diesem Sinn sind Geräte, deren Ergebnis maßgeblich auch vom Zufall abhängt und nicht von der Geschicklichkeit des Spielers.³⁴ Nach dessen Absatz 1 war – und ist unverändert – die Aufstellung der Spielgeräte erlaubnispflichtig. Die – unverändert i.d.F. vom 22.2.1999 geltende – Bestimmung des Absatz 1 lautet:

„(1) Wer gewerbsmäßig Spielgeräte, die mit einer den Spielausgang beeinflussenden technischen Vorrichtung ausgestattet sind, und die die Möglichkeit eines Gewinnes bieten, aufstellen will, bedarf der Erlaubnis

³⁰ Vgl. *Ronellenfitsch/Denfeld*, Die Vereinbarkeit von Zugangskontrollen für gewerbliche Spielstätten mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, 2009, S. 5 ff.; der GlüÄndStV geht von einem umfassenderen Begriff des Glücksspiels aus, s. die Legaldefinition des § 3; näher *Dietlein/Hüsken*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 2 Rdn.3 ff.

³¹ Vgl. *Ronellenfitsch/Denfeld* a.a.O.

³² S. BVerwGE 96, 293 (295).

³³ Vgl. *Dietlein/Hüsken*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 2 GlüStV Rdn.3 ff. sowie § 33 c GewO Rdn. 1: echtes Glücksspiel.

³⁴ *Hahn*, *GewArch* 2007, 89 (90).

der zuständigen Behörde. Die Erlaubnis berechtigt nur zur Aufstellung von Spielgeräten, deren Bauart von der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt zugelassen ist. Sie kann mit Auflagen, auch im Hinblick auf den Aufstellungsort, verbunden werden, soweit dies zum Schutze der Allgemeinheit, der Gäste oder der Bewohner des jeweiligen Betriebsgrundstücks oder der Nachbargrundstücke oder im Interesse des Jugendschutzes erforderlich ist; unter denselben Voraussetzungen ist auch die nachträgliche Aufnahme, Änderung und Ergänzung von Auflagen zulässig.“

§ 33c Abs. 2 GewO i.d.F. vom 22.02.1999 benennt in Satz 1 das klassische gewerberechtliche Zuverlässigkeitserfordernis. Die „für die Aufstellung von Spielgeräten erforderliche Zuverlässigkeit“ besitzt nach der Regelvermutung³⁵ des Satz 2 nicht, wer wegen bestimmter Delikte rechtskräftig verurteilt worden ist.

Die Bestimmung des § 33c Abs. 2 GewO wurde geändert durch Gesetz vom 05.12.2012 mit Wirkung zum 01.09.2013. Die Versagensgründe sind nunmehr erweitert. Nach § 33c Abs. 2 Nr. 1 GewO in der ab 01.09.2013 geltenden Fassung ist die Erlaubnis wie bisher bei fehlender Zuverlässigkeit zu versagen, Nr. 2 fordert zusätzlich den Nachweis der Unterrichtung im Spieler- und Jugendschutz durch eine IHK, Nr. 3 ein Sozialkonzept.

§ 33c Abs. 3 GewO nennt als weitere Voraussetzung für die Aufstellung der Spielgeräte eine Bestätigung der Behörde über den Aufstellungsort.³⁶ Die Bestimmung lautet i.d.F. v. 22.02.1999:

„(3) Der Gewerbetreibende darf Spielgeräte im Sinne des Absatzes 1 nur aufstellen, wenn ihm die zuständige Behörde schriftlich bestätigt hat, daß der Aufstellungsort den auf der Grundlage des § 33f Abs. 1 Nr. 1 erlassenen Durchführungsvorschriften entspricht. Sollen Spielgeräte in einer Gaststätte aufgestellt werden, so ist in der Bestätigung anzugeben, ob dies in einer Schank- oder Speisewirtschaft oder in einem Beherbergungsbetrieb erfolgen soll. Gegenüber dem Gewerbetreibenden und demjenigen, in dessen Betrieb ein Spielgerät aufgestellt worden ist, können von der zuständigen Behörde, in deren Bezirk das Spielgerät aufgestellt worden ist, Anordnungen nach Maßgabe des Absatzes 1 Satz 3 erlassen werden“

³⁵ Vgl.; *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (34 f.).

³⁶ Zu diesem Erfordernis s. *Hahn*, GewArch 2007, 89 (92 f.).

Die ab 01.9.2013 geltende Fassung fordert zusätzlich, dass die Beschäftigten den Nachweis einer Unterrichtung über Spieler- und Jugendschutz beibringen müssen. Für die Anforderungen an den Aufstellungsort verweist § 33c GewO auf die Durchführungsvorschriften zu § 33c GewO, also die SpielV.³⁷

§ 33d GewO enthält Regelungen für „andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit“; hierunter werden in erster Linie Geschicklichkeitsspiele gefasst.³⁸ Die Bestimmung gilt, abgesehen von Änderungen vorwiegend redaktioneller Natur, in der Sache unverändert in der seinerzeit geltenden Fassung. Für die „anderen Spiele“ ist eine Veranstaltererlaubnis erforderlich, deren Voraussetzungen nach § 33d Abs. 1 GewO i.w. denen der Aufstellerlaubnis nach § 33c Abs. 1 GewO entsprechen. Voraussetzung ist nach Abs. 2 weiterhin eine Unbedenklichkeitsbescheinigung, sowie die „für die Veranstaltung von anderen Spielen erforderliche Zuverlässigkeit“, § 33d Abs. 3 Satz 1 GewO.

§ 33e GewO normiert die Voraussetzungen für die Bauartzulassung. Diese ist nach § 33c Abs. 1 Satz 2 GewO für die Aufstellerlaubnis für Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit³⁹ erforderlich. § 33e GewO betrifft ferner die Voraussetzungen für die Unbedenklichkeitsbescheinigung, wie sie nach § 33d Abs. 2 GewO für andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit, erforderlich ist. Für die Bauartzulassung lautet die maßgebliche Aussage des § 33e Abs. 1 Satz 1 GewO i.d.F. vom 22.02.1999, die seither nicht geändert wurde.

„1) Die Zulassung der Bauart eines Spielgerätes oder ihrer Nachbaugeräte und die Unbedenklichkeitsbescheinigung für andere Spiele (§§ 33c und 33d) sind zu versagen, wenn die Gefahr besteht, daß der Spieler unangemessen hohe Verluste in kurzer Zeit erleidet.“

³⁷ S. zur SpielV als Durchführungsverordnung zu § 33c GewO *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 56 f.

³⁸ *Dietlein/Hüsken*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 33d GewO Rdn. 5; *Odenthal*, *GewArch* 2006, 58 (59); *Hahn*, *GewArch* 2007, 89 (90 f.).

³⁹ Vgl. *Hahn*, *GewArch* 2007, 89 (90).

c) Spielhallen, § 33i GewO

Die für das Recht der Spielhallen maßgebliche Bestimmung des § 33i GewO lautet i.d.F. vom 22.02.1999:

„(1) Wer gewerbsmäßig eine Spielhalle oder ein ähnliches Unternehmen betreiben will, das ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele im Sinne des § 33c Abs. 1 Satz 1 oder des § 33d Abs. 1 Satz 1 oder der gewerbsmäßigen Aufstellung von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit dient, bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Die Erlaubnis kann mit einer Befristung erteilt und mit Auflagen verbunden werden, soweit dies zum Schutze der Allgemeinheit, der Gäste oder der Bewohner des Betriebsgrundstücks oder der Nachbargrundstücke vor Gefahren, erheblichen Nachteilen oder erheblichen Belästigungen erforderlich ist; unter denselben Voraussetzungen ist auch die nachträgliche Aufnahme, Änderung und Ergänzung von Auflagen zulässig.

(2) Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn

1. die in § 33c Abs. 2 oder § 33d Abs. 3 genannten Versagungsgründe vorliegen,
2. die zum Betrieb des Gewerbes bestimmten Räume wegen ihrer Beschaffenheit oder Lage den polizeilichen Anforderungen nicht genügen oder
3. der Betrieb des Gewerbes eine Gefährdung der Jugend, eine übermäßige Ausnutzung des Spieltriebs, schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes oder sonst eine nicht zumutbare Belästigung der Allgemeinheit, der Nachbarn oder einer im öffentlichen Interesse bestehenden Einrichtung befürchten läßt.“

Die Bestimmung gilt in der Sache unverändert fort; mit Gesetz vom 05.12.2012 (BGBl I S. 2415) wurden lediglich Unternehmen zur „gewerbsmäßigen Aufstellung von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit“ ausgenommen. Sie war wortgleich bereits in der Fassung der Gewerbeordnung vom 12.02.1979⁴⁰

⁴⁰ Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung vom 12.2.1979, BGBl I S. 149.

enthalten und wurde erstmals 1960 durch Art. 1 Nr. 13 des Gesetzes vom 05.02.1960 (BGBl I S. 61) in die Gewerbeordnung aufgenommen.⁴¹

Damit eine Spielhalle ihren Betrieb aufnehmen kann, sind also nach Gewerbeamt zwei behördliche Erlaubnisse erforderlich:⁴² die Aufstellerlaubnis nach § 33c Abs. 1 GewO und die Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO. Es handelt sich in beiden Fällen um gebundene Erlaubnisse. Liegt keiner der Versagungsgründe vor, ist die Erlaubnis zu erteilen. Versagungsgründe sind nach § 33c GewO fehlende Zuverlässigkeit und – seit 01. September 2013 – fehlender Unterrichtsnachweis sowie fehlendes Sozialkonzept. Versagungsgründe sind nach § 33i GewO gleichermaßen fehlende Zuverlässigkeit, des weiteren fehlende Gewähr für die Erfüllung „polizeilicher“ Anforderungen an die Räume⁴³ nach Beschaffenheit oder Lage, schließlich Gefahren im Hinblick auf Spieler- und Jugendschutz, schädliche Umwelteinwirkungen oder unzumutbare Belästigungen.

d) Verordnungsermächtigung und untergesetzliches Recht

aa) § 33f GewO – Inhalt der Norm und Änderungshistorie

§ 33f GewO enthält eine Verordnungsermächtigung zum Erlass von Durchführungsvorschriften sowohl für die Bestimmungen über die Spielgeräteaufstellung und die Veranstaltung anderer Spiele als auch den Betrieb von Spielhallen ähnlichen Unternehmen i.S.v. § 33i GewO. Auf letztere Bestimmung wurde die Verordnungsermächtigung erst mit Gesetz vom 23.11.1994 (BGBl. I S. 3475) erstreckt,⁴⁴ dann erst konnten Bestimmungen zu dessen Durchführung im Verordnungswege erlassen werden.⁴⁵

⁴¹ S. dazu *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 42.

⁴² Vgl. *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (34 f.).

⁴³ S. dazu BVerwG GewArch 1985, 65.

⁴⁴ Vgl. *Marks*, in: Landmann/Rohmer, GewO, § 33f Rdn. 4.

⁴⁵ S. dazu *Schönleitner*, GewArch 2006, 371 (373).

§ 33f GewO lautete i.d.F. vom 25.11.2003:

„§ 33f Ermächtigung zum Erlaß von Durchführungsvorschriften

(1) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit kann zur Durchführung der §§ 33c, 33d, 33e und 33i im Einvernehmen mit den Bundesministerien des Innern und für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und mit Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung zur Eindämmung der Betätigung des Spieltriebs, zum Schutze der Allgemeinheit und der Spieler sowie im Interesse des Jugendschutzes

1. die Aufstellung von Spielgeräten oder die Veranstaltung von Spielen auf bestimmte Gewerbebezüge, Betriebe oder Veranstaltungen beschränken und die Zahl der jeweils in einem Betrieb aufgestellten Spielgeräte oder veranstalteten anderen Spiele begrenzen,

2. Vorschriften über den Umfang der Befugnisse und Verpflichtungen bei der Ausübung des Gewerbes erlassen,

3. für die Zulassung oder die Erteilung der Unbedenklichkeitsbescheinigung bestimmte Anforderungen an

- a) die Art und Weise des Spielvorganges,
- b) die Art des Gewinnes,
- c) den Höchsteinsatz und den Höchstgewinn,
- d) das Verhältnis der Anzahl der gewonnenen Spiele zur Anzahl der verlorenen Spiele,
- e) das Verhältnis des Einsatzes zum Gewinn bei einer bestimmten Anzahl von Spielen,
- f) die Mindestdauer eines Spieles,
- g) die technische Konstruktion und die Kennzeichnung der Spielgeräte,
- h) die Bekanntgabe der Spielregeln und des Gewinnplans sowie die Bereithaltung des Zulassungsscheines oder des Abdruckes des Zulassungsscheines, des Zulassungsbeleges, der Unbedenklichkeitsbescheinigung oder des Abdruckes der Unbedenklichkeitsbescheinigung

stellen,

4. Vorschriften über den Umfang der Verpflichtungen des Gewerbetreibenden erlassen, in dessen Betrieb das Spielgerät aufgestellt oder das Spiel veranstaltet werden soll.

(2) Durch Rechtsverordnung können ferner“.

(die Ermächtigung betrifft das Verfahren der Bauartzulassung bzw. der Unbedenklichkeitsbescheinigung).

Durch Gesetz vom 05.12.2012 wurde die Ermächtigung nach Satz 1 Nr. 3 erstreckt auf „personenungebundene Identifikationsmittel, die der Spieler einsetzen muss, um den Spielbetrieb an einem Spielgerät zu ermöglichen, insbesondere an deren Ausgabe, Aktivierung, Gültigkeit und Sicherheitsmerkmale“, § 33f Abs. 1 Nr. 3 Buchst. h) *neu*, ferner auf Anforderungen an den Unterrichtsnachweis nach § 33c Abs. 2 Nr. 2 GewO i.d.F. v. 05.12.2012, § 33 f Abs. 1 Nr. 5 *neu*. Die personenungebundenen Identifikationsmittel sollen nach dem Willen des Gesetzgebers zu einer personengebundenen Spielerkarte fortentwickelt werden.⁴⁶

§ 33f Abs. 1 Nr. 4 GewO, der zum Erlass von Vorschriften über den Umfang der Verpflichtungen des Gewerbetreibenden, in dessen Betrieb das Spielgerät aufgestellt werden soll, ermächtigt, war 1979 eingefügt worden.

bb) Entwicklung des Verordnungsrechts

Auf der Grundlage des § 33 f GewO war bereits 1962 die Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit (SpielV) vom 06.02.1962 erlassen worden.⁴⁷

Vorläuferbestimmung war die Verordnung zur Durchführung des § 33d der Gewerbeordnung vom 22. Mai 1935 (RGBl. I S. 683)⁴⁸ i.d.F. v. 24. April 1954 (BGBl. I S. 112), in die mit der 3. Änderungsverordnung vom 12. Dezember 1955 (BGBl. I S. 751) eine Bestimmung über „Spielhallen“ aufgenommen war.

⁴⁶ BT-Drucks. 17/10961, S. 12.

⁴⁷ BGBl I S. 153.

⁴⁸ Vgl. dazu *Kummer*, GewArch 1988, 264 (265).

§ 10 Abs. 1 Satz 1 der Durchführungsverordnung zu § 33d GewO (1933) sah in der Neufassung 1955 vor, dass die Genehmigung zur Aufstellung eines zugelassenen Spielgerätes nur erteilt werde, wenn das Gerät in „Gast-, Schank- und Speisewirtschaften“ (mit näher bezeichneten Ausnahmen), in „Spielhallen“ sowie in Wettannahmestellen konzessionierte Buchmacher aufgestellt werden sollte; nach Abs. 2 durften nur zwei Geräte pro Betrieb aufgestellt werden.⁴⁹

Eine Neubekanntmachung erfolgte am 28. November 1979.⁵⁰ Durch eine erste ÄnderungsVO vom 11.12.1985 (BGBl. I S. 2244) wurde die Höchstzahl der in einer Spielhalle aufzustellenden Geräte in Relation zur Grundfläche begrenzt; in Spielhallen oder ähnlichen Unternehmungen war hiernach ein Gerät je 15m² Grundfläche zulässig.

§ 3 Abs. 2 SpielV in der ab 20.12.1985 geltenden Fassung lautete:

(2) In Spielhallen oder ähnlichen Unternehmen darf je 15 qm Grundfläche höchstens ein Geld- oder Warenspielgerät aufgestellt werden; die Gesamtzahl darf jedoch zehn Geräte nicht übersteigen. Bei der Berechnung der Grundfläche bleiben Nebenräume wie Abstellräume, Flure, Toiletten, Vorräume und Treppen außer Ansatz.

Für bestehende Einrichtungen sah § 3 Abs. 3 SpielV (1985) Bestandsschutz vor; allerdings durfte die Zahl der Geräte in Spielhallenkomplexen nicht erhöht werden. Eine Neubekanntmachung erfolgte am 11.12.1985.⁵¹

In dieser Fassung diente die SpielV der Durchführung des § 33c GewO – sowie der, insoweit nicht einschlägigen, §§ 33d und e GewO –, nicht aber der Durchführung des § 33i GewO.⁵² Erst mit der Neufassung der Verordnungsermächtigung durch Gesetz vom 23. November 1994⁵³ wurde die Verordnungsermächtigung auch auf die Durchführung des § 33i GewO erstreckt.⁵⁴ Die Bestimmung des § 3a SpielV, nach der der Gewerbetreibende, in dessen Betrieb das Spielgerät aufgestellt werden sollte, also der Spielstättenbetreiber, die Aufstellung nur zulassen darf, wenn die Voraussetzungen gem. § 33c Abs.

⁴⁹ Vgl. hierzu *Schneider*, GewArch 2009, 265, 343 (345).

⁵⁰ BGBl. I S. 1991.

⁵¹ BGBl. I S. 2245.

⁵² S. auch BVerwGE 70, 180.

⁵³ BGBl. I S. 3475.

⁵⁴ S. VG Berlin, Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn. 127.

3 S. 1 GewO und gem. § 3 SpielV erfüllt sind, war jedoch bereits 1979 in die SpielV eingefügt worden,⁵⁵ um nach Einführung der allgemeinen Aufstellerglaubnis deren Voraussetzungen abzusichern.⁵⁶ Sie erging auf der Grundlage des mit Gesetz vom 12. Februar 1979 (BGBl. I S. 149) neu eingeführten § 33f Abs. 1 Nr. 4 GewO, der zu Vorschriften über den Umfang der Verpflichtungen der Spielstättenbetreiber zur Durchführung von § 33c, d und e GewO ermächtigte).⁵⁷ Die SpielV dient damit nicht der Durchführung des § 33i GewO. Dies gilt auch für die Bestimmung des § 3a SpielV, die allein im Rahmen der SpielV Pflichten für die Spielstättenbetreiber begründet, dies jedoch im Blick auf die Aufstellung der Spielgeräte.⁵⁸

Durch die 5. ÄnderungsVO zur SpielV vom 17.12.2005 (BGBl. I S. 3495)⁵⁹ wurde u.a. die Spieldauer von 12 auf 5 Sekunden verkürzt. Fun Games und Jackpot wurden verboten. Die Zahl der zulässigen Geräte wurde geringfügig erhöht. Nach § 3 SpielV war nunmehr ein Gerät je 12 m² Grundfläche zulässig.⁶⁰

Eine Neubekanntmachung erfolgte am 27.01.2006.⁶¹

Eine 6. Verordnung zur Änderung der SpielV befindet sich derzeit im Verfahren der Verordnungsgebung.⁶² Dem Verordnungsentwurf der Bundesregierung für eine 6. Verordnung zur Änderung der Spielverordnung hat der Bundesrat bereits mit Maßgabe bestimmter Veränderungen zugestimmt.⁶³ Danach soll § 13 Nr.7a SpielV neu dahingehend gefasst werden, dass bei Mehrplatzspielgeräten die einzelnen Spielstellen unabhängig voneinander benutzbar sein müs-

⁵⁵ Vgl. *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 57.

⁵⁶ Vgl. *Marcks*, GewArch 1979, 362 (364).

⁵⁷ Vgl. *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 57; *Marcks*, GewArch 1979, 362 (364, 366).

⁵⁸ Vgl. *Schneider*, *Marcks* a.a.O. sowie BT-Drs. 8/1863, S. 9.

⁵⁹ Kritisch hierzu *Pagenkopf*, NJW 2012, 2918 (2921).

⁶⁰ Hierzu vgl. *Guckelberger*, GewArch 2011, 177 (178).

⁶¹ BGBl. I S. 280.

⁶² Zu weiteren untergesetzlichen Normen und Verwaltungsvorschriften s. *Kramer*, WRP 2011, 180 (184).

⁶³ BRat-Drucks. 437/13 vom 23. Mai 2013 sowie BRat-Druck. 437/13 (Beschluss) vom 05. Juli 2013.

sen und jede Spielstelle die Anforderungen der §§ 12 und 13 zu erfüllen hat, „soweit diese landesrechtlich überhaupt zulässig sind.“ Sollte die Verordnung in dieser Form in Kraft treten, so würde dies bedeuten: durch Rechtsverordnung würde Bundesrecht abweichenden Bestimmungen des Landesrechts geöffnet. In der Begründung hierzu wird ausgeführt:

„Erstmals werden Mehrplatzspielgeräte ausdrücklich durch die Spielverordnung zugelassen Da - anders als bei Einzelplatzspielgeräten - bei Mehrplatzspielgeräten Unvereinbarkeiten mit anderen Bestimmungen bestehen können, ist eine entsprechende Klarstellung über zusätzliche Prüfkriterien bezüglich der rechtlich zulässigen Aufstellung erforderlich.“⁶⁴

Insoweit würde das Recht des Bundes im Verordnungswege landesrechtlichen Abweichungen geöffnet.

Dazu aus kompetenzrechtlicher Sicht u. IV.2.g).

e) Bilanz: gefestigter Normenbestand

aa) Verfassungsänderung und gefestigte Rechtslage

Der Überblick über die Entwicklung der Rechtslage zeigt, dass die rechtliche Regelung des gewerblichen Gewinnspiels auf einer gefestigten, kontinuierlichen Rechtsentwicklung beruhte und weiterhin in dieser Kontinuität zu sehen ist. Die Rechtslage, die der verfassungsändernde Gesetzgeber des Jahres 2006 vorgefunden hat, blieb seither in ihrer Systematik unangetastet und auch in den Einzelheiten weitgehend unverändert; neu hinzugekommen ist, was die Anforderungen an den gewerblichen Spielbetrieb betrifft, der Unterrichtsnachweis nach § 33c Abs. 1 Nr. 2 GewO, ein Sozialkonzept nach § 33c Abs. 1 Nr. 3 GewO und die Bestimmung über personenungebundene Identifikationsmittel in der Verordnungsermächtigung des § 33g GewO.

Die gesetzliche Regelung, wie sie im Zeitpunkt der Verfassungsänderung in Kraft war, geht ihrerseits auf eine gefestigte Tradition zurück. Nicht nur war sie seit der Änderung der Gewerbeordnung 1999 unverändert geblieben; sie entsprach i.w. auch der Systematik des Rechts des gewerblichen Gewinnspiels, wie sie in der GewO 1960 entwickelt wurde und seither in ihren tragenden

⁶⁴

Ebda.

Elementen vom Gesetzgeber nicht angetastet wurde, ungeachtet der Ausgestaltung der Aufstellerlaubnis in § 33c GewO als personengebundene Erlaubnis durch Gesetz vom 12.02.1979 (BGBl I S. 149). Das Recht der Spielhallen war in der vom verfassungsändernden Gesetzgeber vorgefundenen Gestalt des § 33i GewO bereits seit 1960 in der Gewerbeordnung geregelt worden.

bb) Zusammenfassende Chronologie der Rechtsentwicklung

Zusammenfassend stellt sich die Entwicklung auf bundesrechtlicher Ebene chronologisch wie folgt dar:

Bis zur umfassenden Novelle zur Gewerbeordnung des Jahres 1960 galt:

Nach § 33d GewO (1933)⁶⁵ war das Aufstellen mechanisch betriebener Spiele oder Spieleinrichtungen mit Gewinnmöglichkeit an öffentlichen Orten erlaubnispflichtig. Hierzu erging die Durchführungsverordnung vom 22. Mai 1935 (RGBl I S. 683). Die Gewerbeordnung umfasste damit explizit das Recht der Geräteaufstellung, insbesondere Beschränkungen der Aufstellungsorte.⁶⁶

In einer Durchführungsverordnung auf der Grundlage des § 33d GewO wurde erstmals 1955 die Aufstellung von Spielgeräten in einer „Spielhalle“ geregelt.⁶⁷ Nach *Hans-Peter Schneider* ergibt sich hieraus, dass „spätestens von 1955 an ein funktionsfähiges gewerbliches Spielrecht existierte“,⁶⁸ das sich zunächst auf Regelungen zur Zulassung und Aufstellung von Spielgeräten beschränkte und bis 1960 auf einen Erlaubnisvorbehalt für den Betrieb einer Spielhalle verzichtete.⁶⁹

⁶⁵ S. hierzu *Weidemann/Krappel*, NVwZ 2013, 673 (674).

⁶⁶ So schon BVerwG, Urt. v. 28.5.1963, Buchholz 451.20, § 33f GewO Nr. 1: „örtliche Beschränkungen der Aufstellung eines Spielgerätes auf bestimmte Gegenden, ja sogar Veranstaltungen“; s. auch BVerwGE 29, 173(174).

⁶⁷ Vgl. *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 31: erstmalige Verwendung des Begriffs der „Spielhalle“.

⁶⁸ *Schneider*, GewArch 2009, 265, 343 (345).

⁶⁹ *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 42.

Mit der Novelle 1960 wurde die Bestimmung des § 33d GewO gemäß Art. 1 Nr. 12 des Gesetzes vom 05.02.1960 (BGBl I S. 61) durch die Bestimmungen der §§ 33d bis h ersetzt. § 33d GewO sah weiterhin die Erlaubnispflicht „für die Aufstellung von Spielgerätes“ vor und forderte Zuverlässigkeit des Aufstellers und des Gewerbetreibenden, in dessen Betrieb die Aufstellung erfolgen sollte. Bereits § 33e GewO (1960) sah die Bauartzulassung vor, § 33f GewO enthielt eine auf § 33d und e bezogene Verordnungsermächtigung. § 33g GewO entsprach bereits der Verordnungsermächtigung des § 33g in der geltenden Fassung, ebenso die Bestimmung der Ausnahmen vom Anwendungsbereich in § 33h GewO. Gemäß Art. 1 Nr. 13 des Gesetzes wurde § 33i GewO „eingefügt“. Die Bestimmung enthielt die Erlaubnispflicht für den gewerbsmäßigen Betrieb einer Spielhalle.

Mit der Novelle 1979 wurde die Erlaubnis für die Aufstellung von Geldspielgeräten in einem neugefassten § 33c GewO geregelt, der, wie ausgeführt, i.w. unverändert fort gilt. Die Erlaubnis ist nunmehr personenbezogen.⁷⁰ Gegenstand ist die Erlaubnis zur Aufstellung von Geldspielgeräten. Sie gestattet die Aufstellung beliebig vieler Spielgeräte im Geltungsbereich der GewO;⁷¹ die Erlaubnis wurde also umgestaltet zur allgemeinen Aufstellerlaubnis für Geldspielgeräte.⁷²

Mit Gesetz vom 05.12.2012 (BGBl I S. 2415) erfolgte die vorerst jüngste Änderung des Rechts des gewerblichen Spiels in der GewO, mit den neu eingefügten Versagensgründen des fehlenden Nachweises der Unterrichtung im Spieler- und Jugendschutz bzw. des fehlenden Sozialkonzepts, wobei der Unterrichtungsnachweis auch für Beschäftigte des Aufstellers gilt, § 33c Abs. 2 Nrn. 2 und 3 und Abs. 3 Satz 4 GewO. Die Bestimmung gilt für Aufsteller unabhängig davon, ob sie gewerbliche Geldspielgeräte in Spielhallen oder an anderen zulässigen Aufstellungsorten aufstellen.

⁷⁰ Dietlein/Hüsken, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 33c GewO Rdn. 7.

⁷¹ Vgl. Hahn, GewArch 2007, 89 (91).

⁷² Vgl. Marcks, GewArch 1979, 362 f.

3. Landesrecht nach der Verfassungsänderung

a) Glücksspieländerungsstaatsvertrag

Nach Überleitung der Gesetzgebungsmaterie „Recht der Spielhallen“ in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder im Zuge der Föderalismusreform I machten die Länder von ihrer Ersetzungsbefugnis für das Recht der Spielhallen nach Art. 125a Abs. 1 GG i.V.m. Art. 74 Abs. 1 GG mit dem Glücksspieländerungsstaatsvertrag

- Erster Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 15.12.2011, in Kraft getreten am 1.7.2012; - im folgenden: GlüÄndStV -⁷³

Gebrauch.⁷⁴ Der Glücksspielstaatsvertrag 2008 hatte hierzu noch keine Vorgaben enthalten.⁷⁵ In der Folge ergingen weitere landesgesetzliche Regelungen, auf die im folgenden einzugehen ist. Inwieweit sich die Länder hierbei im Rahmen der ihnen übertragenen Zuständigkeiten bewegt haben, dies ist Gegenstand der nachstehenden Untersuchung. Es geht also um die kompetenzrechtliche Zuordnung der auf Spielhallen bezogenen oder Spielhallen betreffenden Normen in den Ausführungsgesetzen der Länder zum Staatsvertrag,⁷⁶ ihren Spielhallengesetzen oder Glücksspielgesetzen, um ihre Einordnung als Recht der Spielhallen i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Der Kompetenzbegriff ist vom Grundgesetz vorgegeben und steht nicht zur Disposition des Landesgesetzgebers.

Der zum 1. Juli 2012 in Kraft getretene Erste Glücksspieländerungsstaatsvertrag (GlüÄndStV) enthält in seinem siebten Abschnitt Vorschriften über Spielhallen, in § 24 Abs. 1 die Erlaubnispflicht für die Errichtung und den Betrieb. Eine Legaldefinition findet sich in § 3 Abs. 7 GlüÄndStV in Übernahme der De-

⁷³ GBl. BW 2012 S. 388; Fundstellennachweis bei *Odenthal*, GewArch 2012, 345 Fn. 8.

⁷⁴ Vgl. zum GlüÄndStV *Pagenkopf*, NJW 2012, 2918 ff.; *Hecker*, WRP 2012, 523 ff.; *Heeg/Levermann*, MMR 2012, 726; zum Recht der Spielhallen nach dem GlüÄndStV *Odenthal*, GewArch 2012, 345 ff.; *Schneider*, GewArch 2011, 457 ff.; *Pagenkopf* a.a.O., 2921 f.

⁷⁵ Zur Entwicklung des Landesrechts s. *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (37 ff.).

⁷⁶ Übbl. bei *Odenthal*, GewArch 2012, 345 in Fn. 1.

definition des § 33i GewO. Die Erteilung der Erlaubnis hat sich an den Zielen des § 1 GlüÄndStV auszurichten.⁷⁷ Länderspezifische Regelungen für Spielhallen finden sich in Ausführungsgesetzen zum GlüÄndStV und in eigenen Spielhallen- bzw. Glücksspielgesetzen der Länder, die nach § 24 Abs. 3 GlüÄndStV im Wege von Ausführungsbestimmungen „das Nähere“ regeln sollen.⁷⁸

Die Erlaubnispflicht gilt „unbeschadet sonstiger Genehmigungserfordernisse“. Die Erlaubnis ist nach § 24 Abs. 2 Satz 2 GlüÄndStV befristet zu erteilen. Sie ist nach § 24 Abs. 2 Satz 1 zu versagen, wenn Errichtung und Betrieb „den Zielen des § 1 zuwiderlaufen“, also den Zielen der Eindämmung der „Glücksspielsucht“ (§ 1 Nr. 1), der Bereitstellung eine ausreichenden, den „natürlichen Spieltrieb“ in geordnete Bahnen lenkenden Glücksspielangebots (§ 1 Nr. 2), des Jugend- und Spielerschutzes (§ 1 Nr. 3). § 25 Abs. 1 GlüÄndStV fordert die Einhaltung eines Mindestabstands zwischen Spielhallen. Vor allem dieses Mindestabstandserfordernis hindert objektiv die Erteilung neuer Erlaubnisse. Dies gilt auch für das Verbot von Spielhallen in baulichem Verbund, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex, § 25 Abs. 2 GlüÄndStV.⁷⁹ Das Nähere zur Spielhallenerlaubnis nach § 24 und zum Mindestabstandsgebot des § 25 Abs. 1 GlüÄndStV sollen jeweils Ausführungsbestimmungen der Länder regeln, §§ 24 Abs. 3, 25 Abs. 1 Satz 2 GlüÄndStV.⁸⁰ § 26 GlüÄndStV enthält ein Anforderungen an die äußere Gestaltung der Spielhalle, von der keine Werbung für den Spielbetrieb und die in der Spielhalle angebotenen Spiele und kein zusätzlicher Anreiz für den Spielbetrieb ausgehen darf. Ferner werden Sperrzeiten von mindestens drei Stunden gefordert, die von den Ländern festzusetzen sind.

Für Spielhallen gelten weiterhin die in § 2 Abs. 3 aufgeführten allgemeinen Bestimmungen des GlüÄndStV – allerdings nur dann, wenn sie Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit bereithalten. Es sind dies die allgemeine Bestimmung des Gesetzeszwecks in § 1, die Begriffsbestimmungen des § 3, die Bestimmungen zum Spiel- und Jugendschutz in § 4, die Werbebeschränkungen des § 5, insbesondere für Werbung im Internet

⁷⁷ Pagenkopf, NJW 2012, 2918 (2922).

⁷⁸ Dazu s. Hecker, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 24 GlüStV Rdn. 31 f.

⁷⁹ Vgl. Landtag BW, Drucks. 15/2431 vom 02.10.2012, S. 105.

⁸⁰ Übbbl. bei Pieroth/Kolbe, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (45)

und im Fernsehen, das Erfordernis eines Sozialkonzepts nach § 6⁸¹ und die Aufklärungspflichten nach § 7 GlüÄndStV. Diese allgemeinen Beschränkungen des GlüÄndStV gelten auch für andere Aufstellungsorte als Spielhallen, § 2 Abs. 4 GlüÄndStV. Für Spielhallen gelten nach § 2 Abs. 3 GlüÄndStV auch die Bestimmungen des Neunten Abschnitts und damit auch § 28 Satz 2, wonach die Länder weitergehende Anforderungen aufstellen können. Der GlüÄndStV erfasst also das Spiel an Gewinnspielgeräten als Glücksspiel im Sinn des Staatsvertrags.

Die Bestimmungen des Siebten Abschnitts des GlüÄndStV gelten nach der Übergangsvorschrift des § 29 Abs. 4 Satz 1 ab Inkrafttreten. Nach § 29 Abs. 4 Satz 2 und 3 gelten für Spielhallen, die nach § 33i GewO genehmigt wurden, Übergangsfristen von lediglich fünf Jahren bzw. einem Jahr; sie sehen sich erheblichen materiell-verfassungsrechtlichen Einwänden unter Gesichtspunkten rechtsstaatlichen Bestandsschutzes ausgesetzt.⁸²

Nach § 28 Satz 2 GlüÄndStV können die Länder weitergehende Anforderungen u.a. für das Veranstalten von Glücksspielen festlegen; die Bestimmung gilt nach § 2 Abs. 3 GlüÄndStV auch für Spielhallen. Damit wird in der Sache ein „umfassender Handlungs- und Gestaltungsspielraum“⁸³ postuliert, der, wie nachstehend zu zeigen sein wird,

nachstehend II.2.;

in Konflikt geraten muss mit den auch nach der Föderalismusreform beim Bund verbliebenen Zuständigkeiten. Nach der amtlichen Begründung zum GlüÄndStV⁸⁴ ging es darum, das gewerbliche Geldspiel an Spielgeräten zusätzlichen Beschränkungen zu unterwerfen, „die die automatenbezogenen Regeln des Bundes (SpielV) ergänzen und flankieren.“⁸⁵ Dieses soll wieder stärker in Richtung seines Charakters als Unterhaltungsspiel akzentuiert, einer Ausweitung des Marktes soll entgegengewirkt werden.⁸⁶

⁸¹ Zu den diesbezüglichen Regelungen der Länder s. *Pieroth/Kolbe* a.a.O., S. 15 (51 ff.).

⁸² *Schneider*, *GewArch* 2011, 457 ff.

⁸³ *So Pagenkopf*, *NJW* 2012, 2918 (2922).

⁸⁴ Für das Land Baden-Württemberg LT-Druck. 15/1570.

⁸⁵ A.a.O. S. 59 – nach einer Fußnote hierzu „erwarten“ die Länder vom Bund, dass er die SpielV „kurzfristig ändert“; vgl. hierzu unter kompetenziellen Gesichtspunkten *Pieroth/Kolbe*, in: *Hartmann/Pieroth*, *Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht*, 2013, S. 15 (41).

⁸⁶ LT-Drucks. BW 15/1570 S. 59.

b) Ausführungsgesetze / Spielhallengesetze der Länder

Eine Erlaubnispflicht für den Betrieb einer Spielhalle sehen gleichermaßen die Spielhallengesetze oder vergleichbare Regelungen der Länder, wie etwa das LGlüG Baden-Württemberg oder Ausführungsgesetze der Länder zum GlüÄndStV vor; das Verhältnis der einzelnen Erlaubnistatbestände zueinander ist unterschiedlich geregelt.⁸⁷ Eine besondere Verfahrensgestaltung ist nach § 18a SächsAG GlüStV vorgesehen, wonach die Erlaubnis nach § 33i GewO die nach dem Glücksspielstaatsvertrag erforderliche Erlaubnis einschließt, aber nur mit Zustimmung der Glücksspielaufsichtsbehörde erteilt werden darf.

Die materiellen Vorgaben des GlüÄndStV werden durch landesgesetzliche Regelungen nicht nur näher ausgeführt, sondern in erheblichem Maße erweitert und verschärft. Wie die Bestimmungen des GlüÄndStV, gehen die landesgesetzlichen Regelungen teilweise deutlich über die Erlaubnisvoraussetzungen nach der bundesgesetzlichen Regelung des § 33i GewO hinaus und führen neuartige, bundesgesetzlich nicht vorgesehene Versagensgründe ein, wie insbesondere mit den Abstandsregelungen in Ausführung des § 25 Abs. 1 GlüÄndStV.

aa) Standorte und Geräteaufstellung

Die Mindestabstände nach § 25 Abs. 1 GlüÄndStV werden in unterschiedlichem Maße festgelegt.⁸⁸ Sie betragen zB nach Art. 9 Abs. 2 BayAGGlüStV 250 m, nach § 42 Abs. 1 LGlüG BW 500 m, nach § 2 Abs. 1 Satz 2 SpielhG Bln 500 m, allerdings im Rahmen einer Soll-Vorschrift, und 100 m nach § 10 Abs. 2 Satz 1 NdsGlüSpG, mit Abweichungsmöglichkeiten für die Gemeinden bis mindestens 50 m und höchstens 500 m,

⁸⁷ S. dazu *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (43).

⁸⁸ S. dazu *Schmitt*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 25 GlüStV Rdn. 4 ff.; vgl. auch *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (45 f.).

350 m nach § 16 Abs. 3 AGGlüStV NRW, nach Maßgabe einer Sollvorschrift.⁸⁹

Durchweg übernehmen die ausführenden landesgesetzlichen Bestimmungen das Verbundverbot des GlüÄndStV, so § 2 Abs. 1 Satz 2 SpielhG Bln,⁹⁰ also das Verbot von Mehrfachkonzessionen.⁹¹

Ein zwingendes Abstandsgebot im Verhältnis zu Einrichtungen für Kinder und Jugendliche ist zB enthalten in § 42 Abs. 1 LGlüG BW, der Mindestabstand beträgt hiernach 500 m.

Die Landesgesetze enthalten zT detaillierte Vorschriften über die Aufstellung der Geräte,⁹² die zu den Bestimmungen des Bundesrechts hinzutreten. Bundesrechtlich ist die Anordnung der Geräte in § 3 Abs. 2 SpielV geregelt, landesrechtlich zB in § 4 Abs. 2 Satz 2 SpielhG Bln. Hiernach sind die Geräte „einzeln in einem Abstand von mindestens einem Meter aufzustellen, getrennt durch eine Sichtblende in einer Tiefe von mindestens 0,80 Meter, gemessen von der Gerätefront in Höhe mindestens der Geräteoberkante.“ Demgegenüber ist nach § 3 Abs. 2 Satz 2 SpielV die Aufstellung der Geräte in Zweiergruppen zulässig.⁹³ § 4 Abs. 2 Satz 4 SpielhG Bln schließlich enthält eine im Umfang unbestimmte Ermächtigung der Behörde, zum Schutz vor einer übermäßigen Ausnutzung des Spieltriebes Auflagen zur Art der Aufstellung und Anordnung sowie räumlichen Verteilung der Geräte zu erteilen.

Bundesrechtlich ist die zulässige Gerätezahl in der SpielV geregelt. § 3 Abs. 2 Satz 1 2. Halbs. SpielV lässt 12 Geräte in einer Spielhalle zu.⁹⁴ Abweichend hiervon beschränkt § 4 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbs. SpielhG Bln die Zahl der Geräte in Spielhallen auf höchstens acht. § 6 Abs. 1 Satz 1 SpielhG Bln beschränkt die Anzahl der zulässigen Geräte auf drei, wenn in einem Betrieb Speisen und Getränke verabreicht werden, während § 3

⁸⁹ Zu den unterschiedlichen Abstandsregelungen s. *Schneider*, GewArch 2012, 137 (138).

⁹⁰ Gesetz zur Regelung des Rechts der Spielhallen im Land Berlin, GVBl. Vom 01.06.2011, S. 193.

⁹¹ *Schmitt*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 25 GlüStV Rdn. 8 f.

⁹² Vgl. *Schneider*, GewArch 2012, 137 (143).

⁹³ Dazu VG Berlin, U.v. 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn. 131.

⁹⁴ Kompetenzwidrigkeit *Pieroth/Lammers*, GewArch 2012, 1 ff. sowie *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (41).

Abs. 1 SpielV diese zahlenmäßige Beschränkung nur im Fall des Alkoholausschanks anordnet. Unklar ist insoweit das Verhältnis der landesgesetzlichen Bestimmungen zu denen der SpielV; der Landesgesetzgeber nimmt offenbar die Befugnis in Anspruch, zu den Regelungen des Bundesrechts, seien sie gesetzlicher oder untergesetzlicher Natur, hinzutretende und sie verschärfende landesgesetzliche Bestimmungen zu erlassen. Bestimmungen über die zulässige Anzahl der Geldspielgeräte in einer Spielhalle finden sich lediglich in zwei Ländern (Berlin und Hamburg). § 4 Abs. 3 Satz 1, 2. Halbs. HambSpielhG beschränkt die Zahl der Geräte auf 8 je Spielhalle; sie sind nach Satz 3 einzeln in 1,5 m Mindestabstand aufzustellen.

bb) Sperrdateien

Staatsvertraglich nicht vorgesehen sind die in einigen Ländern – Baden-Württemberg und Hessen – vorgeschriebenen Sperrsysteme. § 23 GlüÄndStV findet auf Spielhallen keine Anwendung, Selbst- und Fremdsperre sind nach § 8 GlüÄndStV für Spielbanken und für Veranstalter von Sportwetten und Lotterien mit besonderem Gefährdungspotential vorgesehen. Derzeit gehen Baden-Württemberg und Hessen in ihrer Gesetzgebung darüber hinaus.

Nach § 6 Abs. 1 Satz 1 HessSpielhG wird „zum Schutz der Spielerinnen und Spieler und zur Bekämpfung der Glücksspielsucht“ ein Sperrsystem unterhalten; „gesperrten Personen“ ist nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 die Teilnahme am Spiel untersagt. Es wird unterschieden zwischen Selbstsperre und Fremdsperre, § 6 Abs. 2. Nach der Regelung des Sperrsystems in § 11 Hess SpielhG sind die diesbezüglichen Meldungen in eine Sperrdatei aufzunehmen; die Informationen sind an die Spielhallen zu übermitteln, die die Verbote zu überwachen haben. Für Baden-Württemberg sind die Bestimmungen über Sperrdateien in Abschnitt 1 – Allgemeine Bestimmungen – des LGLüG enthalten, gelten damit nach der Systematik des Gesetzes auch für Spielhallen. Konsequenterweise verweist § 45 LGLüG für die Selbstsperre auf die Bestimmung des § 4 Abs. 3 über die Übermittlung der Informationen. § 43 Abs. 1 Satz 2 LGLüG BW verpflichtet die Spielhallenbetreiber zum Datenabgleich mit der zentralen Sperrdatei des § 23 GlüÄndStV. Demgegenüber sieht zB § 3 LGLüG RhPf den Anschluss an das länderübergreifende Sperrsystem nur für Spielbanken sowie Veranstalter von Sportwetten und Lotterien mit „besonderem Gefährdungspotential“ vor, ohne für Spielhallen einen Datenabgleich oder Einlasskontrollen zu fordern. Für Sachsen-Anhalt sieht § 7 SpielhG LSA demgegenüber nur

eine auf Spielhallen bezogene Sperrliste vor, ebenso wie das SpielhG Bln in dessen § 6 Abs. 5 und 6 oder § 112 Abs. 5 LGlüG RhPf.

cc) weitere Betreiberpflichten

Landesgesetzliche Regelungen enthalten teilweise aus dem Gewerberecht entlehnte Versagensgründe wie den der Zuverlässigkeit. Auch übernehmen die landesgesetzlichen Bestimmungen in den jeweiligen Ausführungsgesetzen zum Staatsvertrag der Länder bzw. eigenen Spielhallengesetzen die Anforderungen der nach dessen § 2 Abs. 3 auf Spielhallen anwendbaren Vorschriften des GlüÄndStV. Sie betreffen die äußere Gestaltung der Spielhallen vor allem unter dem Gesichtspunkt der Werbung, 5 GlüÄndStV.⁹⁵ Jugendschutz, § 4 Abs. 3 GlüÄndStV, Sozialkonzept, § 6 GlüÄndStV und Aufklärungspflichten, § 7 GlüÄndStV. Entsprechend § 26 Abs. 2 GlüÄndStV bestimmen die Länder in unterschiedlicher Weise die Sperrzeiten; eine Reihe von Gesetzen enthalten landesspezifische Feiertagsregelungen für Spielhallen.⁹⁶ Von unterschiedlicher Intensität sind die Anforderungen an die äußere Gestaltung, wenn etwa nach § 26 Abs. 1 GlüÄndStV hiervon kein werbender Effekt ausgehen soll, was die Frage aufwirft, wie hier die Ausübung eines erlaubten Gewerbes an der Stätte der Leistung angezeigt werden soll;⁹⁷ darüber hinaus enthalten einzelne Spielhallengesetze ein Verbot der Einsehbarkeit von Spielhallen.⁹⁸

Die landesgesetzlichen Bestimmungen sind weitgehend ohne Vorbild im Bundesrecht, entsprechen nur teilweise den bisher allein maßgeblichen Bestimmungen des Bundesrechts, gehen teilweise auch darüber hinaus; nicht durchweg wird hierbei deutlich, ob Landesrecht die bundesrechtliche Regelung ersetzen oder ergänzen soll. Dies betrifft u.a. die landesrechtlich normierten persönlichen Anforderungen an Spielhallenbetreiber im Verhältnis zu den bundesrechtlichen Voraussetzungen für die Aufstellerelaubnis nach § 33c GewO, dessen Abs. 2 nach der Gewerbeordnungsnovelle 2012 nunmehr einen Sachkundenachweis und ein Sozialkonzept fordert, wie dies die Landesgesetze, mit Unterschieden in den Einzelheiten, für die Spielhallenerlaubnis vorschreiben, so dass hiernach ein offen-

⁹⁵ ÜbbI. bei *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (46 f.).

⁹⁶ ÜbbI. bei *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (47 f.).

⁹⁷ So zu Recht *Odenthal*, GewArch 2012, 345 (348).

⁹⁸ Kritisch *Odenthal*, GewArch 2012, 345 (348).

bar als spielhallenbezogen intendiertes Sozialkonzept und ein entsprechender Unterrichtsnachweis nach Landesrecht neben das gewinnspielbezogene Sozialkonzept und Sachkundeerfordernis der GewO treten⁹⁹ und die gesetzlichen Anforderungen sich teilweise überschneiden, so dass hier ein Gemengelage von Bundes- und Landesrecht in zusammenhängenden Materien entsteht.

So setzt nach § 2 Abs. 3 Nr. 4 SpielhG Bln die Spielhallenerlaubnis einen Sachkundenachweis über die rechtlichen Grundlagen für den Betrieb sowie über Kenntnisse zur Prävention der Spielsucht und im Umgang mit betroffenen Personen voraus; dieser Sachkundenachweis tritt neben das Zuverlässigkeitserfordernis des § 33c Abs. 2 GewO, sowie das nach der seit dem 01.09.2013 geltenden Fassung der Norm Erfordernis eines Unterrichtsnachweises und eines Sozialkonzepts als Voraussetzung für die Aufstellerlaubnis, § 33c Abs. 2 Nr. 2 und 3 GewO. § 6 Abs. 3 SpielhG Bln erstreckt das Erfordernis eines Sachkundenachweises auf die in Spielhallen anwesenden Aufsichtspersonen und tritt zu den Aufklärungs- und Hinweispflichten des § 6 Abs. 4 SpielV hinzu, die den Herstellern und Aufstellern der Geldspielgeräte obliegen.

Für das nach § 2 Abs. 3 GlüÄndStV undifferenziert auch für das gewerbliche Gewinnspiel in Spielhallen geltende Werbeverbot des § 5 Abs. 1 GlüÄndStV findet sich keine gewerberechtliche Entsprechung. Zu einer Konkurrenz bundes- und landesrechtlicher Normen kommt es zudem beim Jugendschutz. Insbesondere zum Jugendschutz ist anzumerken, dass dieser für Spielhallen bereits dadurch umfassend geregelt wird, dass nach § 6 Abs. 1 JuSchG Kindern und Jugendlichen die Anwesenheit in Spielhallen ausnahmslos nicht gestattet werden darf und der Spielhallenbetreiber bereits hieraus verpflichtet ist, Jugendliche am Zutritt zu hindern.¹⁰⁰

Angesichts dieser Vielfalt unterschiedlicher, teilweise von Land zu Land abweichender Regelungen zu Spielhallen im GlüÄndStV, in den Zustimmungsbzw. Ausführungsgesetzen der Länder hierzu und in deren eigenen Glücksspiel- und Spielhallengesetzen ist der Einschätzung beizutreten, nach der hier der Gesetzgebung „der völlige Verzicht auf eine inhaltlich und systematisch folgerichtige Regelung des Spielhallenrechts“ zu attestieren ist.¹⁰¹ Die Gewer-

⁹⁹ So ausdrücklich VG Berlin, Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn. 139.

¹⁰⁰ Vgl. *Gutknecht/Roll*, in: Nikles u.a., Jugendschutzrecht, 3. Aufl. 2011, § 6 JuSchG Rdn. 14.

¹⁰¹ *Odenthal*, GewArch 2012, 345 (349).

betreibenden im Bereich des gewerblichen Geld-Gewinnspiels sehen sich nicht nur einer Vielzahl unterschiedlicher landesrechtlicher Bestimmungen gegenüber, sondern auch einem Nebeneinander von bundes- und landesrechtlicher Normierung, mit wiederum unterschiedlicher landesspezifischer Bestimmung des Verhältnisses von Bundes- und Landesrecht.

c) Bilanz der Landesgesetzgebung

Die Gesetzgebung der Länder zu Spielhallen und zum gewerblichen Gewinnspiel erscheint, ohne dass damit bereits eine Aussage über ihre Zuordnung zur Kompetenzmaterie des Rechts der Spielhallen i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG verbunden ist, durch eine vorrangige Ausrichtung an den Zielen der Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, insbesondere in Spielhallen, und des Spieler- und Jugendschutzes gekennzeichnet. Sie verdeutlicht den kompetenziellen Anspruch der Länder, mit dieser Zielsetzung das gesamte Geschehen in und um Spielhallen zu regulieren. Von der Frage der Legitimität so weitgehenden Schutzes des einzelnen vor Selbstgefährdung¹⁰² abgesehen, ist dies eine Frage auch der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung im Rahmen der Kompetenzordnung des Grundgesetzes.¹⁰³ Denn nicht nur in Einzelfragen bestehen unterschiedliche Regelungen, etwa dort, wo Landesrecht die Zahl der in einer Spielhalle zulässigen Geräte abweichend von der SpielV des Bundes bestimmt, oder auch dort, wo, wie nach § 4 Abs. 2 Satz 2 und 3 SpielhG Bln landesrechtliche Anforderungen an die Betreiber von Spielhallen neben bundesrechtliche Anforderungen an die Aufsteller von gewerblichen Geldspielgeräten treten, wenn etwa § 4 Abs. 2 Satz 3 SpielhG Bln die Aufstellung in Zweiergruppen abweichend von § 3 Abs. 2 Satz 2 SpielV¹⁰⁴ für unzulässig erklärt.

¹⁰² Vgl. *Hufen*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 35 f.

¹⁰³ BVerfGE 98, 106 (118); s. dazu *Kloepfer/Bröcker* DÖV 2001, 1 (5ff.); *Rozek*, in: Mangoldt/Klein/Starck II, Art. 70 Rdn. 23; *Rengeling*, Gesetzgebungskompetenzen, HStR VI, § 135 Rdn. 25; *Haack*, Widersprüchliche Regelungskonzeptionen im Bundesstaat, 2007, S. 96 ff.; *Degenhart*. In: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 70 Rdn. 68 f.; ders., Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 29. Aufl. 2013, Rdn. 380 ff.

¹⁰⁴ Diese Abweichung konstatiert auch VG Berlin, U.v. 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn. 131, ohne ihr jedoch Relevanz in Bezug auf die Gesetzgebungskompetenz beizumessen.

Darüber hinaus setzt sich vielmehr die Zielrichtung und Konzeption der landesgesetzlichen Regelung in deutlichen Widerspruch zur gewerberechtlich geprägten, wirtschaftsrechtlichen Gesetzgebung des Bundes im Bereich des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, das der Bund ja mit der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nicht etwa aus seiner Gesetzgebungszuständigkeit und damit aus seiner legislativen Verantwortung entlassen hat.¹⁰⁵ Nach der Konzeption des Rechts des gewerblichen Gewinnspiels in der GewO des Bundes¹⁰⁶ beruht dieses auf der grundrechtlichen fundierten Gewerbefreiheit¹⁰⁷ des § 1 GewO,¹⁰⁸ nicht also auf einem ordnungsrechtlichen Ansatz.¹⁰⁹ Restriktives Landesrecht, das bereits das Vorhandensein weiterer Betriebe im weiteren Umkreis einer Spielhalle als Versagungsgrund für die Spielhallenerlaubnis vorsieht oder Hinweise auf ein erlaubtes Gewerbe an der Stätte der Leistung untersagt,¹¹⁰ sieht sich dem Einwand ausgesetzt, diese Konzeption der Gewerbefreiheit zu verlassen. Ungeachtet der Einbeziehung der Spielhallen in das allgemeine Glücksspielrechtliche Regime durch den Glücksspieländerungs-Staatsvertrag 2012¹¹¹ geht es weiterhin um gewerbliches Geld-Gewinnspiel im Rahmen der, wie ausgeführt, auf Gewerbefreiheit beruhenden bundesrechtlichen Regelungen der §§ 33c ff. GewO.¹¹²

Dazu nachstehend III.3.d).

¹⁰⁵ Vgl. hierzu *Hufen*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 26 ff.

¹⁰⁶ Vgl. BVerwGE 96, 293 (295).

¹⁰⁷ S. *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 1 Rdn. 96.

¹⁰⁸ S. auch zur Gewerbefreiheit als bestimmende Leitlinie der GewO *Tettinger/Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, Einl. Rdn. 16 ff. und *Ennuschat a.a.O.*, § 1 Rdn. 79 ff.

¹⁰⁹ Den Übergang zu einem ordnungsrechtlichen Ansatz im Rahmen des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG befürwortend *Dietlein*, ZfWG, 2008, 12 (17 ff.); dagegen *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen, 2010, S. 14 f.

¹¹⁰ *Odenthal*, GewArch 2012, 345 (348).

¹¹¹ So *Pagenkopf*, NJW 2012, 2918 (2921).

¹¹² So zu Recht *Hufen*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 26 ff.; s. auch BVerwGE 70, 180 Rdn. 18 bei juris.

II. Gewerberecht und Recht der Spielhallen im bundesstaatlichen Kompetenzgefüge

1. Die kompetenzrechtliche Fragestellung

a) Zur Bestimmung der Gesetzgebungskompetenz: Auslegung der Kompetenznorm und kompetenzmäßige Zuordnung

Ob und inwieweit sich die Länder für ihre Gesetzgebung zum Recht des Glücksspiels bzw. des gewerblichen Gewinnspiels im Zusammenhang mit Spielhallen auf die ihnen durch die Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG übertragene Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen stützen können, ist im folgenden zu untersuchen. Wenn das Recht der Spielhallen bis zur Föderalismusreform und deren Umsetzung durch Landesrecht in § 33i GewO enthalten war, so ist dessen Bedeutung für die Bestimmung und Abgrenzung der Kompetenzmaterie nachzugehen. Dies betrifft die Auslegung der Kompetenznorm und ihre Abgrenzung zu den in konkurrierender Zuständigkeit verbleibenden Bereichen des Rechts der Wirtschaft. Die ist weiterhin bedeutsam für die konkrete Zuordnung der einzelnen landesrechtlichen Regelungen zu den in Betracht kommenden Kompetenzmaterien. Denn die Prüfung, ob ein Gesetz sich auf einen bestimmten Kompetenztitel stützen kann, erfolgt in zwei Schritten:¹¹³ zunächst muss die Kompetenznorm ausgelegt werden, dann muss das Gesetz unter die so ausgelegte Kompetenznorm subsumiert, also kompetenzmäßig zugeordnet werden.¹¹⁴ Dieser letztere Schritt der kompetenzmäßigen Zuordnung ist dann vor allem bedeutsam, wenn ein Gesetz unterschiedliche Kompetenzmaterien berührt, die Gesetzgebung sich in deren Schnittfeld bewegt. Dies ist der Fall beim gewerblichen Gewinnspiel in Spielhallen und an anderen Orten; die Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bedeutete mit der Kompetenzverlagerung des Rechts der Spielhallen auf die Länder einen Eingriff in eine gewachsene, vielfach verzahnte Materie. Hierauf

¹¹³ Näher *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 29. Aufl. 2012 Rdn. 177 ff.

¹¹⁴ Beispielhaft BVerfGE 121, 30 (47 f.).

hat auch die Wahrnehmung der Ersetzungsbefugnis der Länder nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG Rücksicht zu nehmen.

b) Recht der Spielhallen als Kompetenzbegriff – Problemstellung und Meinungsstand

Abgesehen von den spezifischen verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Landesgesetzgebung, die mit der Funktion der „Ersetzung“ kompetenzwidrig gewordenen, aber fortgeltenden Bundesrechts verbunden sind, liegt die entscheidende kompetenzielle Schranke für die Gesetzgebung der Länder zum Recht des gewerblichen Gewinnspiels in der inhaltlichen Beschränkung auf das Recht der Spielhallen.

aa) § 33i GewO als Bezugspunkt

Der Kompetenzbegriff des Rechts der Spielhallen wird im Grundgesetz nicht definiert. Wenn hierfür ganz überwiegend auf die einfachgesetzliche Begrifflichkeit des § 33i GewO zurückgegriffen wird,¹¹⁵ so entspricht dies der Position der Bundesregierung,¹¹⁶ wie sie auch in der Novellierung des SpielV zum Ausdruck kommt, und entsprach auch der Position der Länder noch bei Abschluss des Glücksspielstaatsvertrags im Jahr 2007.¹¹⁷ Auf § 33i GewO als Bezugspunkt für die Gesetzgebungskompetenz der Länder bezieht sich auch der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg in seinem Urteil vom 10. Dezem-

¹¹⁵ Vgl. aus der Kommentarliteratur *Stettner*, in: Dreier, GG II, 2. Aufl. 2007, Art. 74 Rdn. 64; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 74 Rdn. 23; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 74 Rdn. 47; *Sannwald*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 74 Rdn. 130; grundsätzlich auch *Rengeling/Szczekalla*, in: BonnK, Art. 74 I Nr. 11 (2007) Rdn. 154; *Stettner*, in: Dreier, GG II, 2. Aufl., Supplementum 2007, Art. 74 Rdn. 64; Vgl. *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. 2012, Art. 74 Rdn. 91.; s. ferner *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen, 2010, S. 41 ff., 58 ff.; *ders.*, GewArch 2013, 137; *Pieroth/Lammers*, GewArch 2012, 1 (2 f.); *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009; im Grundsatz auch *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, Art. 33i Rdn. 4; a.M. *Dietlein*, ZfWG 2008, 12 (16); der Maßgeblichkeit des § 33i GewO zuneigend jetzt BayVGH, U.v. 23.07. 2013 -10 N 13.248 – Rdn. 32 – juris.

¹¹⁶ BR-Drucks. 881/10 S. 64 f.

¹¹⁷ S. zB für Baden-Württemberg LT-Drucks. 14/1617 S. 3 und die Begründung zum Glücksspielstaatsvertrag.

ber 2009.¹¹⁸ Dass dies auch der Auffassung des „historischen“ Gesetzgebers entspricht, wird u.a. von *Schneider* eingehend belegt.¹¹⁹ Hierauf wird im folgenden, wenn zunächst die Relevanz der Fragestellung für die verfassungsrechtliche Bewertung der dargelegten Gesetzgebung der Länder geklärt ist,

dazu nachstehend II.2;

näher einzugehen sein.

S. u. III.1.

bb) Gegenstimmen

Eine entgegengesetzte Position wird dezidiert von *Dietlein* vertreten,¹²⁰ der einerseits, wie vorstehend ausgeführt, die Ersetzungsbefugnis nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG auf einen „Lebensbereich“ Spielhallen bezieht und diesen wiederum als Gegenstand der Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen weitgreifend bestimmt. Er löst sich damit von der Orientierung an der Bestimmung des § 33i GewO. In die ausschließliche Länderkompetenz soll über das „Recht der Spielhallen“ hinaus, wie es in § 33i GewO enthalten ist, das gesamte Spielhallenwesen einbezogen werden, unter Einschluss aller Vorschriften der §§ 33c ff. GewO, die in einem rechtlichen oder tatsächlichen Zusammenhang mit der Spielhallenerlaubnis stünden.¹²¹ Diese Position stützt sich vor allem auf das Argument einer unzulässigen „Verfassung nach Gesetz“.¹²² Der einfache Gesetzgeber, so der maßgebliche Einwand, könne nicht den Regelungsgehalt der Verfassungsnorm bestimmen. Dies hinderte jedoch, und schon dies entzieht der restriktiven Position die Grundlage, den Verfassungsgeber und hindert den verfassungsändernden Gesetzgeber nicht daran, Begriffe des Verfassungsrechts in Rezeption einfachgesetzlicher Begriffe zu bestimmen, ein Ansatz, der bei Kompetenznormen typischerweise zugrundegelegt wird.¹²³ Darauf wird im Zusammenhang mit den Fragen kompetenzieller

¹¹⁸ Az. 6 S 110/07, ZfWG 2010, 24.

¹¹⁹ *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 11 ff.; ebenso *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, 2010, S. 37 ff.

¹²⁰ *Dietlein*, ZfWG 2008, 12 ff.

¹²¹ Ebenso *Hecker*, in: Dietlein/Hecker/Ruthig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 24 GlüÄndStV Rdn. 5.

¹²² *Dietlein*, ZfWG 2008, 12 ff.

¹²³ BVerfGE 109, 190 (218); *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 70 Rdn. 51 ff.; differenzierend *Rengeling/Szczekalla*, in: BonnK, Art. 74 I Nr. 11 (2007)

Zuordnung im einzelnen einzugehen sein, ebenso wie auf vorliegende Judikate, die, wie die des VG Berlin,¹²⁴ das bisherige gewerbliche Spielrecht der §§ 33c ff. GewO in das Recht der Spielhallen i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG einbeziehen wollen¹²⁵ und die eine Beschränkung der Länder auf den Regelungsbereich des § 33i GewO ablehnen, etwa mit der Begründung, die Länder wären dann auf die „Verwaltung eines bestehenden Normbestandes“ beschränkt.¹²⁶

Dazu i.e. nachstehend III.3.a), b).

c) Der kompetenzielle Anspruch im GlüÄndStV

Dieser weiten Auslegung des Kompetenzbegriffs „Recht der Spielhallen“ entspricht der kompetenzielle Anspruch im GlüÄndStV und in weiten Bereichen auch der hierzu ergangenen Ausführungsgesetze der Länder. Schon der vorangehende erste Überblick über die aktuelle Rechtslage zum Recht des gewerblichen Gewinnspiels machte deutlich: Betreiber von Spielhallen bzw. Aufsteller und Betreiber von gewerblichen Geldspielgeräten sehen sich auf Grund der Gesetzgebung der Länder zu Spielhallen – für die an dieser Stelle noch nicht entschieden werden kann, ob es sich um kompetenzgerecht erlassenes „Recht der Spielhallen“ i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG handelt – und der fortgeltenden bundesrechtlichen Bestimmungen zu Geldspielgeräten einem Geflecht bundesrechtlicher, gesetzlicher wie untergesetzlicher sowie landesrechtlicher Anforderungen ausgesetzt.¹²⁷ Sie überschneiden sich mitunter, teilweise aber laufen sie auch in Inhalt und Zielrichtung einander zuwider. Ihr Verhältnis zueinander ist mithin nicht nur unter Gesichtspunkten der Klarheit und

Rdn. 148, die insoweit für das Recht der Gaststätten vorrangig auf die Gesetzgebungsgeschichte zurückgreifen wollen.

¹²⁴ Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 -.

¹²⁵ S. auch BayVerfGH, E. v. 28.06.2013 – Vf. 10,11,12,14,19 –VII-12, S. 14 der Ausfertigung, der im Rahmen seiner Zuständigkeit allerdings nur offensichtliche Kompetenzüberschreitungen des Landesgesetzgebers prüft und die angegriffenen Regelungen noch innerhalb des durch § 33i GewO bezeichneten Rahmens sieht.

¹²⁶ VG Berlin, Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn. 116.

¹²⁷ So auch *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (58 ff.). insbesondere zur Rechtszersplitterung auf Länderebene.

Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung, sondern auch unter kompetenziellen Gesichtspunkten klärungsbedürftig. Davon geht auch die Begründung zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag aus, wonach die Gewerbeordnung und die auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsvorschriften fortgelten, „soweit dieses Gesetz nicht entgegensteht.“¹²⁸

Dies ist zumindest missverständlich. Soweit es sich bei den Bestimmungen der GewO und den auf ihrer Grundlage erlassenen Rechtsvorschriften, also in erster Linie den Bestimmungen der SpielV, um Recht der Wirtschaft, nicht aber um Recht der Spielhallen i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG handelt, ist es – selbstverständlich – nicht Sache des Landesgesetzgebers, über ihre Fortgeltung zu entscheiden, vielmehr sind es die Bestimmungen des Landesrechts, die nur Geltung erlangen können, wenn sie kompetenzgerecht erlassen werden und nicht im Widerspruch zu Bundesrecht stehen. Handelt es sich bei den genannten Bestimmungen der GewO und der SpielV demgegenüber um „Recht der Spielhallen“, so ergibt sich ihre Fortgeltung unmittelbar aus der Bestimmung des Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG. Sie treten außer Kraft, wenn sie durch Landesrecht ersetzt werden.

Die Bestimmungen des GlüÄndStV zu Spielhallen und die Ausführungsgesetze bzw. Glücksspiel- und Spielhallengesetze der Länder werfen grundsätzliche Fragen der Bedeutung und Tragweite des Kompetenzbegriffs des Rechts der Spielhallen i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und nach der Ersetzungsbefugnis der Länder nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG auf. Diese Fragestellungen sind zunächst in grundsätzlicher Weise zu verdeutlichen.

d) Ersetzungsbefugnis der Länder, Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG

aa) „Ersetzung“ i.S.v. Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG

Wenn also nach der Begründung zum GlüÄndStV gewerberechtliche Bestimmungen des Bundesrechts nach Maßgabe ihrer Vereinbarkeit mit dem durch den GlüÄndStV und die Zustimmungsgesetze gesetzten Recht fortgelten sollen, so offenbart sich hierin ein ebenso problematisches Kompetenzverständ-

¹²⁸

Vgl. zB für Baden-Württemberg LT-Druck. 15/1570 S. 89.

nis, wie in der dort zum Ausdruck gebrachten Intention, Bestimmungen des Bundesrechts zu „ergänzen und flankieren“. ¹²⁹ Nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG können die Länder das fortgeltende Bundesrecht „ersetzen“. Dies ist nicht gleichbedeutend mit ergänzen. Wenn Art. 125a GG von Ersetzung, nicht Änderung spricht, so wurde diese Formulierung bewusst gewählt. ¹³⁰

Der ursprüngliche Vorschlag der Gemeinsamen Verfassungskommission für Art. 125a GG, seinerzeit noch ohne Differenzierung zwischen den Fallgruppen des Abs. 1 und 2, hatte vorgesehen, dass das als Bundesrecht fortgeltende Bundesgesetz durch Landesrecht „aufgehoben und ergänzt“ werden könne. ¹³¹ Dabei wurde der Begriff des „Ergänzens“ explizit mit dem Terminus des „Änderns“ gleichgesetzt. ¹³² Der Rechtsausschuss des Bundestags schlug demgegenüber die Formulierung „ersetzt“ vor. ¹³³ Damit war eine inhaltliche Beschränkung der den Ländern zugestandenene Regelungsbefugnis verbunden, die diesen nunmehr keine landesrechtlichen Änderungen, sondern ausschließlich die Ersetzung von fortgeltendem Bundesrecht gestattete. ¹³⁴ Damit sollte die Befugnis der Länder, bei Fortbestand der bundesrechtlichen Regelung einzelne Vorschriften zu ändern, ausgeschlossen werden. ¹³⁵

Diese mit Bedacht erfolgte Beschränkung auf eine landesrechtliche Ersetzungsbefugnis blieb auch im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens erhalten, insbesondere bei der dann vorgenommenen Differenzierung inner-

¹²⁹ Baden-Württemberg LT-Druck. 15/1570 S. 59.

¹³⁰ „Mit Bedacht, vgl. BVerfGE 111, 10 (29); Uhle, in: Maunz/Dürig, Art. 125a (2006), Rdn. 28.

¹³¹ Bericht der GemVerfKom, BT-Dr 12/6000, S. 18 sowie Begründung S. 36; so auch der maßgebende Gesetzentwurf, siehe BT-Dr 12/6633, S. 4.; dieser Vorschlag bezog sich seinerzeit noch auf eine Fassung, die für den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung vor einer Landesregelung eine Freigabe durch den Bund nicht erfordert hätte (vgl. BT-Dr 12/8165, S. 12). Auf Grund der Beschlussempfehlung des VermA (BT-Dr 12/8423, S. 6) wurde der Begriff der Ersetzung gewählt.

¹³² Bericht der *Kommission Verfassungsreform des Bundesrates* (BR-Drucks. 360/92), auch abgedruckt in: Bundesrat (Hrsg.), Dokumentation. Stärkung des Föderalismus in Deutschland und Europa sowie weitere Vorschläge zur Änderung des Grundgesetzes, 1992, Rdnr. 77 und 78.

¹³³ 134. Sitzung am 15. 6. 1994, Prot.-Nr. 134, S. 144.

¹³⁴ Vgl. zur Ersetzungsbefugnis OVG Münster, ZBR 2012, 390 Rdn. 18 bei juris.

¹³⁵ Vgl. näher Uhle, in: Maunz/Dürig, Art. 125a (2006), Rdn. 7f.; Seiler, in: Epping/Hillgruber, Art. 125a Rdn. 4.

halb der Übergangsvorschrift des Art. 125a GG zwischen den Fallgruppen des Wegfalls von Bundeszuständigkeiten und der Verschärfung der Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG.¹³⁶ Inhaltlich blieb es unverändert dabei, dass die Länder fortgeltendes Bundesrecht nicht ändern, sondern nur ersetzen können sollten.¹³⁷ Dass Ersetzung dabei nicht inhaltsgleiche Übernahme bedeuten muss, sondern die Länder, wenn sie vorgefundenes Bundesrecht ersetzen wollen, befugt sind, eigene Regelungen zu erlassen,¹³⁸ steht dabei nicht in Frage – eben dies soll mit der Kompetenzverlagerung ermöglicht werden.

bb) „Gemengelage“ von Bundes- und Landesrecht

Soweit in der von einer Kompetenzverlagerung auf die Länder betroffenen Kompetenzmaterie nach Maßgabe des Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG fortgeltendes Bundesrecht vorliegt, ist der Landesgesetzgeber also keineswegs frei, nach Belieben das fortgeltende Bundesrecht durch eigene Bestimmungen zu ergänzen oder auch, wie dies in der Begründung zum GlüÄndStV anklingt, die vorgefundene bundesgesetzliche Regelung in zu ersetzendes und fortgeltendes Recht aufzuspalten. Dass eine „Mischlage aus Bundes- und Landesrecht für ein und denselben Regelungsgegenstand im selben Anwendungsbereich“ im bestehenden System der Gesetzgebung ein Fremdkörper wäre,¹³⁹ dies gilt für die Wahrnehmung der Ersetzungsbefugnis nach Art. 125a Abs. 1 wie Abs. 2 GG. Wie sich also die Gesetzgebung der Länder zum Betrieb von Spielhallen und die von den Ländern vorgefundenen bundesrechtlichen Regelungen in ihrem Regelungsgehalt zueinander verhalten, ist eine Frage auch der verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ersetzungsgesetzgebung der Länder nach Art. 125a GG.¹⁴⁰ Auch wenn eine teilweise Ersetzung bestehender bundesgesetzlicher Regelungen von der Ersetzungsbefugnis der Länder umfasst sein kann,¹⁴¹ kann doch vor allem die punktuelle Ersetzung einzelner bundes-

¹³⁶ So in der 136. Sitzung des Rechtsausschusses; dazu und zum weiteren Verfahren s. *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Art. 125a (2006), Rdn. 8.

¹³⁷ Vgl. *Uhle* a.a.O.

¹³⁸ Vgl. zu den Optionen für den Landesgesetzgeber *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 125a Rdn. 9.

¹³⁹ BVerfGE 111, 10 (29).

¹⁴⁰ Vgl. auch *Stettner*, in: Dreier, GG III, 2. Aufl. 2008, Art. 125a Rdn. 10; *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen, 2010, S. 61 f.

¹⁴¹ Vgl. *Wolff*, in: von Mangoldt/Klein/Starck III, 6. Aufl. 2010, Art. 125a Rdn. 13; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 125a Rdn. 6.

rechtlicher Normen,¹⁴² ebenso wie deren „Ergänzung“ durch landesgesetzliche Regelungen zu einer auch verfassungsrechtlich nicht hinnehmbaren Gemengelage von Bundes- und Landesrecht¹⁴³ führen.

Der Landesgesetzgeber kann also, wenn er von seiner Ersetzungsbefugnis nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG Gebrauch macht, sich nicht darauf beschränken, einzelne bundesgesetzliche Regelungen zu ändern, oder sie, was insbesondere dem Gesetzgeber des GlüÄndStV vorzuschweben schien, punktuell zu ergänzen¹⁴⁴ und so die vorgefundene bundesgesetzliche Regulierung zu intensivieren. Der Landesgesetzgeber ist allerdings frei, Regelungen ohne Vorbild im Bundesrecht zu treffen – dies unter der selbstverständlichen Voraussetzung, dass sie sich im Rahmen der Kompetenzmaterie halten. In der Kompetenzverlagerung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG einen „umfassenden Handlungs- und Gestaltungsspielraum“ zugunsten der Länder zu sehen,¹⁴⁵ ist insofern zumindest missverständlich, als Handlungs- und Gestaltungsspielräume nur nach Maßgabe der grundgesetzlichen Bindungen der Länder in ihrer Kompetenzwahrnehmung bestehen.

cc) Ersetzungsbefugnis und „Lebensbereiche“

Verfehlt wäre es nun allerdings, aus diesen Vorgaben für die Ersetzungsbefugnis des Landesgesetzgebers zu folgern, er müsse jeweils gesamte „Lebensbereiche“ bzw. Teilbereiche hieraus regeln,¹⁴⁶ mit der Folge einer auf eben diese „Lebensbereiche“ oder „Lebenskomplexe“¹⁴⁷ ausgreifenden Kompetenzbestimmung zugunsten der Länder.¹⁴⁸ Dabei soll unter „Lebensbereich“ offenbar eine Vielzahl von Lebenssachverhalten verstanden werden. Dass allerdings zusammenhängende Lebenssachverhalte kompetenzmäßig unter-

¹⁴² Kluth, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen, 2010, S. 62.

¹⁴³ Vgl. BVerfGE 111, 10 (29); Kluth, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen, 2010, S. 81 f.

¹⁴⁴ So auch Dietlein, ZfWG 2008, 12 (16).

¹⁴⁵ Pagenkopf, NJW 2012, 2918 (2922) unter Bezugnahme auf Dietlein, ZfWG 2008, 12 (19).

¹⁴⁶ So Dietlein, ZfWG 2008, 12 (16, 17, 18, 19); hierzu s. Schneider, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 41.

¹⁴⁷ Dietlein, ZfWG 2008, 12 (16).

¹⁴⁸ So deutlich Dietlein, ZfWG 2008, 12 (16 ff.).

schiedlich zugeordnet, von Normen des Bundes- wie des Landesrechts erfasst werden, ist für die Kompetenzordnung der Art. 70 ff. GG nicht ungewöhnlich.¹⁴⁹ Die Ersetzungsbefugnis des Landesgesetzgebers nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG bezieht sich auf Gesetze, nicht auf Lebensbereiche. Sie bezieht sich auf die in den geänderten Kompetenzbestimmungen des Art. 74 Abs. 1 GG aufgeführten Rechtsgebiete. Das hierzu erlassene Bundesrecht kann „ersetzt“ werden. Handelt es sich um Bundesrecht, das einen gesamten „Lebensbereich“ erfasst, bezieht sich die Ersetzungsbefugnis gleichermaßen auf diesen „Lebensbereich“. Ist aber eben dieser Bereich in unterschiedlichen bundesrechtlichen Regelungen erfasst, so hängt es von der Reichweite des Kompetenztitels ab, wie weit die Ersetzungsbefugnis des Landesgesetzgebers reicht. Dass dies zu Abgrenzungsschwierigkeiten führen kann, wurde schon aus der vorgehenden ersten Bestandsaufnahme der Landesgesetzgebung nach der Verfassungsreform deutlich.

Diese Abgrenzungs- und Zuordnungsfragen können aber nicht in der Weise gelöst werden, dass die Ersetzungsbefugnis auf den gesamten mit der Kompetenzmaterie zusammenhängenden Lebensbereich oder Lebenskomplex erstreckt wird.¹⁵⁰ Die Ersetzungsbefugnis des Landesgesetzgebers bezieht sich auf die jeweilige Kompetenzmaterie oder abgrenzbare Teilbereiche,¹⁵¹ sie kann nicht im Wege des Sachzusammenhangs auf weitergreifende Lebensbereiche erstreckt werden.¹⁵² Wenn im übrigen auf den Lebensbereich des Spielrechts abgestellt wird, so ist dieser Bereich in seiner Gesamtheit in der Wirtschaftskompetenz des Bundes zu sehen,¹⁵³ und nur der klar definierte Bereich der Spielhallen¹⁵⁴ hiervon ausgenommen. Dass nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG nicht einzelne Normen des fortgeltenden Bundesrechts durch Landesrecht ersetzt werden können,¹⁵⁵ bedeutet nicht umgekehrt, dass der Landesgesetz-

¹⁴⁹ Vgl. *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen, 2010, S. 45 ff.

¹⁵⁰ So der Ansatz von *Dietlein*, ZfWG 2008, 12 (16).

¹⁵¹ BVerfGE 111, 10 (29); *Schneider*, GewArch 2009, 265, 343 (345).

¹⁵² Vgl. *Schneider* a.a.O.; *Hufen*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 29 f.

¹⁵³ Vgl. auch *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 33h Rdn. 3 ff.

¹⁵⁴ So auch VGH Mannheim ZfWG 2010, 24.

¹⁵⁵ Vgl. BVerfGE 111, 10 (29 f.).

geber in seiner Ersetzungsbefugnis über die dem Bund entzogenen Materien hinausgreifen dürfte.¹⁵⁶

dd) Weitere Kompetenzmaterien

Die Ersetzungsbefugnis der Länder greift nur dann ein, wenn der Bund entsprechende Regelungen auf Grund einer Änderung des Art. 74 GG nicht mehr erlassen könnte. In diesem Zusammenhang sind weitere Kompetenztitel zu beachten, sind weitere Kompetenzmaterien berührt. Die restriktiven Bestimmungen des GlüÄndStV, der Ausführungsgesetze hierzu und Glücksspiel- und Spielhallengesetze werden maßgeblich auch mit dem Ziel des Jugendschutzes begründet.

Für Regelungen mit dem Ziel des Jugendschutzes kann der Bund jedoch weiterhin auf seine Gesetzgebungszuständigkeit für den Jugendschutz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG¹⁵⁷ zurückgreifen. Hiervon hat er für Spielhallen bereits weitreichend Gebrauch gemacht,¹⁵⁸ insbesondere durch das generelle Anwesenheitsverbot für Kinder und Jugendliche in Spielhallen in § 6 Abs. 1 JuSchG und auch die „in Zweifelsfällen“ bestehende Prüfungspflicht der Gewerbetreibenden in § 2 Abs. 2 S. 2 JuSchG. Sollten in den Abstandsregelungen des GlüÄndStV und der Landesgesetze hierzu Bestimmungen über die Lage von Spielhallen gesehen werden, so ist die konkurrierende Zuständigkeit für das Bodenrecht tangiert,¹⁵⁹ von der der Bund in Bezug auf „Vergnügungsstätten“ durch die BauNVO¹⁶⁰ sowie neuerdings auch durch die Novellierung des BauGB mit dem Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung vom 11. Juni 2013 (BGBl. I S. 1548)¹⁶¹ Gebrauch gemacht hat.

Dazu s. u. IV.2.a) bb) bbb).

¹⁵⁶ So aber *Dietlein*, ZfWG 2008, 12 (16).

¹⁵⁷ *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art, 74 Rdn. 8.

¹⁵⁸ S. *Schneider*, GewArch 2012, 137 (141).

¹⁵⁹ S. dazu *Pagenkopf*, NJW 2012, 2918 (2922); *Schlotterbeck*, VBI BW 2012, 321 ff.

¹⁶⁰ S. dazu *Schneider*, GewArch 2012, 137 (142); *Gutknecht/Roll*, in: Nikles u.a., Jugendschutzrecht, 3. Aufl. 2011, § 6 JuSchG Rdn. 5.

¹⁶¹ Dazu *Schlotterbeck*, VBI BW 2012, 321 ff.

Auch insoweit bedarf die Spielhallenkompetenz der Länder der Abgrenzung.¹⁶²

e) Die nähere kompetenzrechtliche Fragestellung

aa) Komplexität der kompetenzrechtlichen Fragestellung

Die kompetenzrechtliche Fragestellung ist also mehrschichtig. Sie umfasst sowohl die nähere Bestimmung des Kompetenzbegriffs des Spielhallenrechts als auch die Frage der kompetenzrechtlichen Zuordnung, also der Subsumierbarkeit der landesgesetzlichen Bestimmungen unter den vorgehend definierten Kompetenzbegriff; sie umfasst weiterhin die Frage der Ersetzungsbefugnis des Landesgesetzgebers nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG. Nicht jegliche innerhalb des Rahmens der Kompetenzmaterie des Rechts der Spielhallen liegende landesgesetzliche Regelung stellt sich gleichzeitig bereits als zulässige Wahrnehmung der landesgesetzlichen Ersetzungsbefugnis dar. Auch unabhängig von der Frage der kompetenzrechtlichen Zuordnung einzelner Vorschriften stellt sich zudem die Frage nach der Zulässigkeit widersprüchlicher Regelungskonzeptionen im Bundesstaat. Dies betrifft auch die Überleitung des Rechts der Spielhallen vom Gewerberecht in das Recht des ordnungsrechtlich und nicht wirtschaftsrechtlich vorgeprägten, staatlich konzessionierten Glücksspiels.¹⁶³ In dieser Komplexität und Mehrschichtigkeit ist die kompetenzrechtliche Fragestellung mit ausschlaggebend für die verfassungsrechtliche Beurteilung der landesgesetzlichen Bestimmungen, wie im folgenden näher aufzuzeigen sein wird.

Dass der Bundesgesetzgeber keineswegs gewillt ist, alle mit der Regulierung des gewerblichen Gewinnspiels in Spielhallen zusammenhängenden Fragen den Ländern zu überantworten,¹⁶⁴ belegt nicht zuletzt die aktuelle Novellierung der GewO zur „Verbesserung des Spieler- und Jugendschutzes bei der Auf-

¹⁶² Zur baurechtlichen Steuerung des Spielhallenangebots s. *Guckelberger*, GewArch 2011, 177 ff.

¹⁶³ Vgl. *Kramer*, WRP 2011, 180 (184); an dieser Vorprägung ändert auch nichts, dass BVerfGE 115, 276 (304) die Materie der Sportwetten tendenziell der Kompetenzmaterie des Rechts der Wirtschaft zuzuordnen scheint.

¹⁶⁴ Dafür *Pagenkopf*, NJW 2012, 2918 (2922).

stellung von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit“,¹⁶⁵ durch die Unterrichtsnachweis und Sozialkonzept für die Aufstellerlaubnis vorausgesetzt werden. Die Gesetzgebung bewegt sich also im Schnittfeld unterschiedlicher Kompetenzmaterien. Dies spielte solange keine Rolle, als das Recht des gewerblichen Gewinnspiels und hier vor allem das Recht der Geräteaufstellung und das Recht des Spielhallenbetriebs gleichermaßen als Recht der Wirtschaft vom Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG erfasst wurden. Erst mit der Verlagerung des Rechts der Spielhallen in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder gemäß Art. 70 GG wurde eine klare Abgrenzung der Kompetenzmaterien unabweisbar.

bb) Gesetzgebung im Schnittfeld von Bundes- und Landeszuständigkeit – Überblick

Die Kompetenzverlagerung des Rechts der Spielhallen auf die Länder bedeutete, wie ausgeführt, einen Eingriff in eine gewachsene, vielfach verzahnte Materie. Die auf diese Neufassung der Kompetenznorm gestützte Gesetzgebung der Länder zu Spielhallen bzw. zum gewerblichen Gewinnspiel hat bereichsweise zu einer Überlagerung von Bundes- und Landesrecht zu Kompetenzkonflikten geführt, die der Auflösung im Wege einer Trennung der Kompetenzsphären und einer eindeutigen kompetenzmäßigen Zuordnung bedürfen; die Kompetenzordnung der Art. 70 ff. GG kennt keine Doppelzuständigkeiten.¹⁶⁶

Der kompetenzielle Anspruch, wie ihn die Länder erheben, bezieht sich auf nahezu den gesamten Bereich des gewerblichen Gewinnspiels, wie er bisher in den bundesgesetzlichen Bestimmungen der §§ 33c bis i GewO und der zu deren Durchführung ergangenen SpielV enthalten war. Unberührt blieben die unmittelbar gerätebezogene Bestimmungen der GewO, also Bestimmungen über die Beschaffenheit der Geräte, ihre Arbeitsweise und die zum Schutz vor einer übermäßigen Ausnutzung des Spieltriebs geforderten gerätetechnischen Vorkehrungen, wie die automatische Spielunterbrechung nach einer bestimmten Spielzeit, die Höhe der Gewinne und Einsatzmöglichkeiten und derglei-

¹⁶⁵ G. v. 5. Dezember 2012, BGBl. I S. 2415, BT-Drucks. 17/10961 S. 1.

¹⁶⁶ Vgl. *Heintzen* BK, Art. 70 (2003) Rdn. 139.

chen.¹⁶⁷ Soweit das Bundesrecht aber Vorgaben für die Art und Weise der Aufstellung der Geldspielgeräte und die zulässigen Aufstellungsorte enthält, sind hierin Konflikte mit einer kompetenzmäßig ausgreifenden Landesgesetzgebung angelegt. Seit jeher enthält das Bundesrecht außerhalb der spielhallenbezogenen Vorschrift des § 33i GewO Anforderungen an die Aufstellungsorte für Geldspielgeräte.¹⁶⁸ Dies können Spielhallen ebenso wie andere Aufstellungsorte sein, etwa Gaststätten – ohne dass diese Bestimmungen, soweit Gaststätten betroffen sind, dann dem Gaststättenrecht zugeordnet werden könnten. Die Aufstellerlaubnis nach § 33c GewO berechtigt, wie ausgeführt, zur Geräteaufstellung im gesamten Geltungsbereich der GewO.¹⁶⁹ Kompetenzkonflikte aus unterschiedlichen Regelungskonzeptionen sind darin angelegt, wenn Landesrecht insbesondere durch generelle, nicht örtlich radizierte, keinen örtlichen Regelungsbezug aufweisende¹⁷⁰ Anforderungen an Standorte die Aufstellerlaubnis für einen erheblichen Teil der in Betracht kommenden Aufstellungsorte gegenstandslos werden lässt. Dies betrifft Abstandsregelungen und das Verbot der Mehrfachkonzession (Verbundverbot).

Dazu nachstehend 2.b) bb) sowie IV.2.a).

Soweit Landesrecht Bestimmungen über die Ausstattung von Spielhallen mit Spielgeräten, über die Anzahl und die Aufstellung der Spielgeräte in den Spielhallen enthält, sind hierin Konflikte angelegt mit den Bestimmungen des Bundesrechts, insbesondere des § 3 SpielV über Anzahl und Aufstellung der Spielgeräte an Aufstellungsorten.¹⁷¹

Nachstehend 2.c) und IV.2.b).

Wenn durch die jüngste Änderung der Gewerbeordnung durch Gesetz vom 5. Dezember 2012¹⁷² nunmehr für die allgemeine Aufstellererlaubnis gemäß § 33c Abs. 2 GewO Unterrichtsnachweise und Sozialkonzepte gefordert werden, andererseits § 6 GlüÄndStV und Gesetze der Länder mit Unterschie-

¹⁶⁷ S. dazu i.e. *Hahn*, *GewArch* 2007, 89 (91 f.).

¹⁶⁸ *Schneider*, *GewArch* 2009, 265, 343 (345); s. auch BVerwG, Urt. v. 28.5.1963, Buchholz 451.20, § 33f Nr. 1: „örtliche Beschränkung der Aufstellung von Spielgeräten auf bestimmte Gegenden, ja sogar Veranstaltungen“; BVerwGE 29, 173, 174.

¹⁶⁹ Vgl. *Hahn*, *GewArch* 2007, 89 (90 f.).

¹⁷⁰ Vgl. VG Berlin, Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn.117.

¹⁷¹ Vgl. hierzu *Hahn*, *GewArch* 2007, 89 (93).

¹⁷² G. v. 5. Dezember 2012, BGBl. I S. 2415, BT-Drucks. 17/10961 S. 1.

den im Detail im Grundsatz gleichlautende Anforderungen aufstellen, so wirft auch dies Fragen in der kompetenziellen Zuordnung der Gesetze und Abgrenzung der Kompetenzmaterien auf. Denn es geht auf beiden Ebenen um Prävention. Es sind jedoch die Spielgeräte, an denen sich der Spieltrieb verwirklicht, dessen übermäßige Ausnutzung es zu verhindern gilt.

Zu den dadurch aufgeworfenen Kompetenzfragen s. nachstehend 2.c). IV.2.c).

Ohne Vorbild in der bundesgesetzlichen Spielhallenregelung des § 33i GewO sind Werbeverbote, aber auch normative Anforderungen an Sperrsysteme bzw. Sperrdateien. Es handelt sich hier durchweg um normative Anforderungen an den Betrieb der Geldspielgeräte in Spielhallen, wie auch an anderen Orten.

2. Die kompetenzrechtliche Fragestellung in ihrer Bedeutung für die Gesetzgebung der Länder – Schwerpunkte der Kompetenzkonflikte

Die kompetenzrechtliche Fragestellung kristallisiert sich, wie aus dem vorstehenden Überblick deutlich wurde, in einer Reihe aktueller Kompetenzkonflikte, für die, wie im folgenden zu zeigen ist, die Frage der Auslegung des Kompetenztitels des Spielhallenrechts, insbesondere der Maßgeblichkeit der vorgefundenen gewerberechtlichen Strukturen, ebenso bedeutsam ist, wie dies die Kriterien kompetenzmäßiger Zuordnung sind.

a) Erlaubnisvoraussetzungen – Abstandsregelungen und Verbundverbot

aa) Erlaubnispflicht

Die Erlaubnispflichtigkeit des Betriebs von Spielhallen ist als solche von der Länderkompetenz für das Recht der Spielhallen umfasst.¹⁷³ Auch nach § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO bedarf der Erlaubnis, wer „gewerbsmäßig eine Spielhalle oder ein ähnliches Unternehmen betreiben will“. Wird an die Stelle der bundesrechtlichen Erlaubnispflicht die Erlaubnispflicht nach Landesrecht gesetzt, so

¹⁷³ Vgl. *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen, 2010, S. 86 f.

bewegt sich der Landesgesetzgeber damit im Grundsatz im Rahmen der Ersetzungsbefugnis nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die landesrechtliche an die Stelle der bundesgesetzlich geforderten Erlaubnis tritt, diese ersetzt, so zB nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG BW. Die Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle fällt unter das Recht der Spielhallen.¹⁷⁴

bb) Abstandsregelung und Verbundverbot ohne Vorbild in der GewO

Die Voraussetzungen für die Erteilung der Spielhallenerlaubnis sind in den landesgesetzlichen Bestimmungen im Verhältnis zu den Voraussetzungen des § 33i GewO durchweg enger gefasst. Dies gilt insbesondere für die in Umsetzung des § 25 GlüÄndStV ergangenen Bestimmungen zu einem Mindestabstandsgebot zwischen Spielhallen, so zB in § 42 Abs. 1 LGLüG BW. Derartige Mindestabstandsgebote sind ohne Vorbild in § 33i GewO. Ohne Vorbild im Bundesrecht ist auch das Verbot von Spielhallen in baulichem Verbund, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex, das Verbot sog. Mehrfachkonzessionen,¹⁷⁵ wie es in § 25 Abs. 2 GlüÄndStV vorgesehen ist und landesgesetzlich näher ausgeführt wird. Nicht in § 33i GewO enthalten ist auch ein Verbot von Spielhallen innerhalb eines bestimmten Abstandsradius zu Einrichtungen für Kinder und Jugendliche, wie zB nach § 42 Abs. 3 LGLüG BW oder nach § 2 Abs. 1 Satz 4 SpielhG Bln.

Vgl. § 2 Abs. 1 Satz 4 SpielhG Bln: Einrichtungen, „die ihrer Art nach oder tatsächlich vorwiegend von Kindern oder Jugendlichen aufgesucht werden“.

Unbeschadet der Frage, ob dahingehende Bestimmungen über die räumliche Verteilung von Spielhallen¹⁷⁶ nicht dem Bauplanungsrecht des Bundes vorbe-

¹⁷⁴ VGH Mannheim ZfWG 2010, 24 Rdn. 45.

¹⁷⁵ Vgl. Landtag BW, Drucks. 15/2431 vom 02.10.2012, S. 105; ÜbbI. über die landesrechtlichen Bestimmungen bei *Odenthal*, GewArch 2012, 345 (347).

¹⁷⁶ Darauf abstellend BayVerfGH, E. v. 28.06.2012 - Vf. 10-VII-12 u.a. – Rdn. 81 bei juris.

halten¹⁷⁷ und damit als Bodenrecht i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zu qualifizieren sind,¹⁷⁸

dazu nachstehend IV.2.a) bb) bbb); -

verlässt hier der Landesgesetzgeber den durch § 33i GewO vorgezeichneten Rahmen. Wenn nach § 33i Abs. 2 Nr. 3 GewO der Spielhallenbetrieb nicht auf eine übermäßige Ausnutzung des Spieltriebs gerichtet sein darf und den Erfordernissen des Jugendschutzes Rechnung zu tragen ist, so mag dieser Versagensgrund in seiner Zielsetzung des Spieler- und Jugendschutzes zwar der Zielsetzung der nunmehrigen landesrechtlichen Versagensgründe des Mindestabstands entsprechen. § 33i Abs. 2 Nr. 3 GewO gestattet es jedoch nicht, benachbarte Spielhallen in die Betrachtung einzubeziehen, so die klare Aussage des Bundesverwaltungsgerichts¹⁷⁹ in einer entscheidend an den Grundrechten der Spieler und des Spielhallenbetreibers orientierten Interpretation der gewerberechtlichen Voraussetzungen der Spielhallenerlaubnis.¹⁸⁰

Dazu nachstehend IV.2.a) aa).

Die gewerberechtliche, am tragenden Grundsatz der Gewerbefreiheit ausgerichtete Systematik des Bundesrechts wird durch das Verbundverbot in gleicher Weise durchbrochen, wie durch das Erfordernis eines Mindestabstands zwischen benachbarten Spielhallen. Denn auch dieser Versagensgrund für die Erteilung der Spielhallenerlaubnis bedeutet, dass nicht auf subjektiven Voraussetzungen beim Gewerbetreibenden und die objektiven Gegebenheiten des konkret in Frage stehenden Gewerbebetriebs abgestellt wird, sondern auf bereits vorhandene Gewerbebetriebe. Die kompetenzrechtliche Fragestellung ist damit der der Mindestabstandsregelungen nach § 25 GlüÄndStV und der hierzu ergangenen landesrechtlichen Bestimmungen vergleichbar gelagert.

¹⁷⁷ Vgl. *Schlatterbeck*, VBI BW 2012, 321 ff.

¹⁷⁸ Verneinend BayVerfGH, E. v. 28.06.2012 - Vf. 10-VII-12 u.a. – Rdn. 82 bei juris, der seine Prüfung allerdings darauf beschränkt, ob der Landesgesetzgeber „in krasser und offensichtlicher Weise die Kompetenzordnung des Grundgesetzes missachtet hat“.

¹⁷⁹ BVerwG GewArch 1985, 64 (65), Rdn. 19 bei juris.

¹⁸⁰ Die Bedeutung der Entscheidung wird zu Unrecht relativiert durch VG Freiburg, U.v. 30.07.2013 - 5 K 2495/12 -, dazu u. IV.2.a) aa).

cc) Zusammenfassung der kompetenzrechtlichen Fragestellung

Die Verfassungsmäßigkeit der Abstandsregelungen des Landesrechts, also jener Bestimmungen, die einen Mindestabstand zu vorhandenen Betrieben als Erlaubnisvoraussetzung fordern und vergleichbar gelagerter Erlaubnisvoraussetzungen wie die des Verbundverbots hängt also unter dem Aspekt der Gesetzgebungskompetenz entscheidend davon ab, ob und inwieweit also die Kompetenznorm des Rechts der Spielhallen gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nach Maßgabe des Regelungsgehalts des § 33i GewO auszulegen ist.

Dazu nachstehend III.1. und 2.

Sie hängt dann des weiteren entscheidend davon ab, wie dieser Regelungsgehalt des § 33i GewO zu bestimmen ist, ob also Mindestabstände, wie sie in § 25 GlüÄndStV vorgesehen sind, sowie das Verbot von Spielhallen im baulichen Verbund¹⁸¹ unter die in § 33i Abs. 2 GewO, insbesondere dessen Nr. 3 aufgeführten Versagensgründe gefasst werden können.¹⁸² Weiterhin wird zu prüfen sein, ob in diesem Fall die fraglichen Erlaubnisvoraussetzungen dem Regelungsgegenstand der lagebezogenen Anforderungen an die Spielhalle zugeordnet werden können.

Dazu nachstehend IV.2.a); - in diesem Sinn äußert sich insbesondere das VG Berlin.¹⁸³

Hiervon ausgehend, bedarf es einer grundsätzlichen Klärung der Frage nach der kompetenziellen Befugnis des Landesgesetzgebers, die gewerberechtliche Konzeption des Gewinnspiels im Recht der Spielhallen – so wie die Länder es nunmehr verstehen – zu konterkarieren.

Dazu grundsätzlich nachstehend III.3. sowie zusammenfassend für die Erlaubnisvoraussetzungen nach dem GlüÄndStV und den Landesgesetzen nachstehend IV.2.a), b).

Auch bedarf es der Abgrenzung zur Kompetenzmaterie des Bodenrechts.

¹⁸¹ Vgl. zB § 2 Abs. 1 Satz 2 SpielhG Bln.

¹⁸² Dafür BayVerfGH, E. v. 28.06.2012 - Vf. 10-VII-12 u.a. – Rdn. 82 bei juris.

¹⁸³ VG Berlin, Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn. 119.

b) Anforderungen an Gestaltung und Betrieb, insbesondere: zahlenmäßige Begrenzung der Spielgeräte – Ersetzung des § 3 SpielV

aa) SpielV und Ermächtigungsgrundlage – zur Ersetzungsbefugnis des Landesgesetzgebers bei Rechtsverordnungen

Die Anzahl der in einer Spielhalle in zulässiger Weise aufzustellenden Geräte wird durch § 3 Abs. 2 Satz 1 SpielV auf 12 begrenzt. Abweichend hiervon darf nach § 4 Abs. 2 Satz 1 SpielhG Bln die Gesamtzahl der Geldspielgeräte in einer Spielhalle die Zahl von acht nicht überschreiten.¹⁸⁴ Nach § 9 Abs. 1 SpielhG Bln soll diese Bestimmung die Regelung der SpielV ersetzen. Eine dahingehende Ersetzungsbefugnis der Länder, wie sie gemäß Art. 125a Abs. 1 Satz 2 für Gesetzesrecht des Bundes besteht, das wegen Wegfall der Kompetenzgrundlage nicht neu erlassen werden könnte, besteht auch für Rechtsverordnungen des Bundes, für deren Ermächtigungsnorm die Kompetenzgrundlage weggefallen ist.¹⁸⁵ Dann also, wenn die Bestimmungen der SpielV, auf die sich hier der kompetenzielle Anspruch des Landesgesetzgebers erstreckt, zur Durchführung des § 33i GewO ergangen wären, wäre der Landesgesetzgeber befugt, sie durch eigene Regelungen in Gesetzesform zu ersetzen.¹⁸⁶ Er wäre auch dann ersetzungsbefugt, wenn die Bestimmungen der SpielV auf der Grundlage des § 33f GewO zur Durchführung nicht des § 33i GewO, sondern zur Durchführung des § 33c GewO ergangen wären, es sich aber auch insoweit um Recht der Spielhallen i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG handeln würde. Dürfte der Landesgesetzgeber die bundesgesetzliche Regelung ersetzen, zu deren Durchführung die Verordnung ergangen ist, so erstreckte sich die Ersetzungsbefugnis auch auf die Verordnung selbst.¹⁸⁷

bb) Die kompetenzrechtliche Fragestellung – Zahl der Spielgeräte

Bestimmt man die Kompetenzmaterie des Rechts der Spielhallen nach Maßgabe des § 33i GewO, so kann der Landesgesetzgeber Verordnungsrecht des

¹⁸⁴ S. dazu VG Berlin, Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn.120.

¹⁸⁵ Uhle, Maunz/Dürig, GG, Art. 125a (2006) Rdn. 20; Degenhart, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 125a Rdn. 4.

¹⁸⁶ Ob eine Ersetzung im Wege der Rechtsverordnung auf der Grundlage einer zu schaffenden landesgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zulässig wäre, dürfte zu bejahen sein, steht hier aber nicht in Frage.

¹⁸⁷ Vgl. Uhle und Degenhart a.a.O.

Bundes soweit ersetzen, als er sich innerhalb des durch § 33i GewO gezogenen Rahmens bewegt¹⁸⁸ und er damit Verordnungsrecht ersetzt, das zur Durchführung dieser Bestimmung des Bundesrechts erlassen wurde.

Dazu s. nachstehend IV.2.c) aa).

Ob eine auf Bestimmungen der SpielV bezogene Ersetzungsregel kompetenzgerecht vom Landesgesetzgeber erlassen werden kann, auch dies hängt damit entscheidend davon ab, ob das Recht der Spielhallen i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nach Maßgabe des Regelungsbereichs des § 33i GewO und wie im einzelnen dieser Regelungsbereich zu bestimmen ist.

Nachstehend III. 1., 2.

Wird die Maßgeblichkeit des § 33i GewO bejaht, so ist eine Regelung zur Ersetzung von Verordnungsrecht des Bundes kompetenzwidrig, wenn das zu ersetzende Verordnungsrecht nicht der Durchführung des § 33i GewO diene, der Landesgesetzgeber also den hierdurch bezeichneten Rahmen überschritten hat.

Dazu i.e. nachstehend IV.2.c) bb).

Sollte demgegenüber die Beschränkung auf diesen durch den Regelungsgehalt des § 33i GewO bezeichneten Rahmen zu verneinen, dem Landesgesetzgeber eine weiterreichende Ersetzungsbefugnis zuzugestehen sein, so bedarf es gleichwohl noch der kompetenzmäßigen Zuordnung zu einer der dann in Betracht kommenden Kompetenzmaterien, zumal es sich nicht um örtlich radierte Regelungsgegenstände entsprechend der ratio des Art. 74 abs. 1 Nr. 11 GG n.F.¹⁸⁹ handelt.

Nachstehend IV.2.c).

Dies betrifft insbesondere auch die ganz überwiegende Mehrzahl der Bundesländer, die in ihrer Spielhallengesetzgebung keine Bestimmungen über die Höchstzahl der aufzustellenden Geldspielgeräte in Ersetzung des § 3 Abs. 2 SpielV getroffen haben. So verweist Art. 9 Abs. 2 BayAG GlüStV für die zulässige Anzahl der Spielgeräte ausdrücklich auf § 3 Abs. 2 SpielV.

¹⁸⁸ Dafür auf der Grundlage der Maßgeblichkeit des § 33i GewO insbesondere *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, *Gewerbeordnung*, 8. Aufl. 2011, § 33i Rdn. 5; *Ennuschat/Brugger*, *ZfWG* 2006, 292 (293); *Höfling/Rixen*, *GewArch* 2008, 1 (7); aM *Pieroth/Lammers*, *GewArch* 2012, 1 (4): Überschreitung des Rahmens des § 33i GewO.

¹⁸⁹ Dazu *Schneider*, *GewArch* 2009, 265, 343 (347 ff., 349).

cc) Abgabe von Speisen und Getränken

Die kompetenzrechtliche Fragestellung in Bezug auf die landesrechtliche Ersetzung in der SpielV des Bundes enthaltener Bestimmungen ist parallel gelagert für Regelungen über die Abgabe von Speisen und Getränken in § 3 Abs. 3 SpielV und in landesrechtlichen Bestimmungen wie der des § 6 Abs. 1 Satz 2 SpielhG Bln. Auch dahingehende Anforderungen sind nicht Bestandteil des Rechts der Spielhallen, wie es in § 33i GewO enthalten ist.

c) Zusätzliche Anforderungen an den Betrieb: Sachkundenachweis und Sozialkonzept

aa) Landesrechtliche Anforderungen und Bundesrecht

Landesrechtlich wird die Spielhallenerlaubnis regelmäßig an die Vorlage eines Sozialkonzepts gebunden,¹⁹⁰ so z.B. nach § 2 Abs. 4 Satz 2 Nr. 4 Bbg SpielhG Bln, § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BremSpielhG, nach § 6 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 HmbSpielhG, verbunden meist mit der Verpflichtung, die für die Umsetzung des Sozialkonzepts verantwortlichen Personen zu benennen.

In einem derartigen Sozialkonzept ist, wie sich aus der Definition etwa des § 6 Abs. 3 Satz 3 Nr. 1 HmbSpielhG ergibt, unter Berücksichtigung des aktuellen wissenschaftlichen Forschungsstandes darzulegen, mit welchen Maßnahmen den sozialschädlichen Auswirkungen des Spiels vorgebeugt werden soll und wie diese behoben werden sollen.

In Wahrnehmung seiner konkurrierenden Kompetenz hat der Bund seinerseits in § 33c Abs. 2 Nr. 2 f. i.d.F. des Gesetzes zur Änderung der GewO vom 5. Dezember 2012¹⁹¹ zur „Verbesserung des Spieler- und Jugendschutzes bei der Aufstellung von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit“ Unterrichtsnachweise und den Nachweis eines Sozialkonzepts für den Spieler- und Jugendschutz als Voraussetzung für die Aufstellerlaubnis eingeführt.¹⁹² Die in der GewO-Novelle enthaltenen Anforderungen an die Entwicklung und Umsetzung eines Sozialkonzepts und an die Personalschulung und deren Nachweis ent-

¹⁹⁰ Vgl. hierzu im ÜbbI. *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (51 ff.).

¹⁹¹ G. v. 5. Dezember 2012, BGBl. I S. 2415, BT-Drucks. 17/10961 S. 1.

¹⁹² Dazu s. VG Berlin, Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn. 139.

sprechen materiell den Anforderungen nach § 6 GlüÄndStV und den hierzu ergangenen landesrechtlichen Bestimmungen etwa nach § 42 Abs. 2 LGlüG BW.

Wenn hierfür unterschieden wird zwischen spielhallenbezogenen und spielgerätebezogenen Sachkundenachweisen bzw. Sozialkonzepten, wie im Urteil des VG Berlin,¹⁹³ so ist dies nur schwerlich in Einklang zu bringen mit dem auf die Prävention gegen Spielsucht, übermäßige Ausnutzung des Spieltriebs oder sonstige schädliche Auswirkungen des Spielbetriebs ausgerichteten Schutzzweck sowohl der landesgesetzlichen als auch der bundesgesetzlichen Regelungen. Die weitgehende Identität der Regelungen in Gegenstand und Normzweck erfordert eine klare Abgrenzung der Kompetenzsphären und eine eindeutige kompetenzmäßige Zuordnung.

bb) Kompetenzrechtliche Fragestellung

Dahingehende Anforderungen an Betreiber von Spielhallen als Genehmigungsvoraussetzungen sind in § 33i GewO nicht vorgesehen. Wird also die Kompetenzmaterie des Rechts der Spielhallen auf den Regelungsumfang des § 33i GewO begrenzt, so ist eine Landeszuständigkeit für betriebsbezogene Anforderungen wie Sachkundenachweise sowie Entwicklung und Vorlage von Sozialkonzepten zu verneinen.

Nachstehend III.1, 2. und IV.2.c).

Doch auch dann, wenn man die Landeszuständigkeit für das Recht der Spielhallen über den Rahmen des § 33i GewO hinaus erstrecken wollte, folgt hieraus noch nicht notwendig, dass hiervon auch Regelungen über Sachkundenachweise und Sozialkonzepte nach dem Muster der hier benannten Bestimmungen einzelner Spielhallengesetze umfasst wären. Denn auch und gerade dann bedarf es der Abgrenzung der Kompetenzmaterien, des Rechts der Spielhallen und des hiervon nicht erfassten Rechts der Wirtschaft i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und bedarf es der konkreten kompetenzmäßigen Zuordnung.

Nachstehend IV.2.c).

¹⁹³ VG Berlin, Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn. 139.

d) Werbebeschränkungen und –verbote, Gestaltung der Spielhallen

aa) Landesrechtliche Beschränkungen

Das Werbeverbot des § 26 Abs. 1 GlüÄndStV,¹⁹⁴ wonach von der äußeren Gestaltung der Spielhalle keine Werbung für den Spielbetrieb und die in der Spielhalle angebotenen Spiele und kein zusätzlicher Spielanreiz ausgehen darf,¹⁹⁵ und das in den einzelnen landesgesetzlichen Bestimmungen inhaltsgleich übernommen¹⁹⁶ oder auch weiter konkretisiert wird,¹⁹⁷ ist ohne Vorbild im Bundesrecht. Gleiches gilt für die in § 5 Abs. 3 GlüÄndStV vorgesehenen generellen Werbeverbote für Internet und Fernsehen,¹⁹⁸ die in der Werberichtlinie des Glücksspielkollegiums nach § 5 Abs. 4 Satz 1 GlüÄndStV konkretisiert werden.¹⁹⁹

bb) Die kompetenzrechtliche Fragestellung

In der Frage der Gesetzgebungskompetenz ist hier zu unterscheiden. § 26 Abs. 1 GlüÄndStV und die in dessen Umsetzung ergangenen Bestimmungen des Landesrechts beziehen sich auf die Gestaltung der Spielhallen und deren Betrieb. Als Kompetenzgrundlage kommt, soweit es um die Gestaltung der Spielhallen selbst geht, damit die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit der Länder für das Recht der Spielhallen in Betracht. Doch bedarf es der Abgrenzung zum Recht des Gewinnspiels, soweit es insbesondere um Werbung für die angebotenen Spiele geht. Für das allgemeine Werbeverbot in Fernsehen und Internet bedürfte es demgegenüber der Unterscheidung zwischen einer auf die Spielhallen als Räumlichkeiten und einer auf das Gewinnspiel an Geldspielgeräten bezogenen Werbung. Nur für erstere kann überhaupt der Kompetenztitel des Rechts der Spielhallen in Betracht gezogen werden.

¹⁹⁴ Vgl. hierzu im ÜbbI. *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (46 f.).

¹⁹⁵ Zweifel an der Bestimmtheit bei *Odenthal*, *GewArch* 2012, 345 (347 f.); dort auch zu dem in einigen landesrechtlichen Bestimmungen enthaltene Verbot der Einsehbarkeit von Spielhallen.

¹⁹⁶ Vgl. auch § 4 Abs. 1 Satz 2 SpielhG Bln; § 4 Abs. 3 BbgSpielhG,

¹⁹⁷ Vgl. zB die jugendschutzrechtliche Ausprägung in § 4 Abs. 3 BremSpielhG.

¹⁹⁸ Vgl. hierzu *Heermann*, *WRP* 2008, 479 (481 f., 489 f.).

¹⁹⁹ MBI NW 2013, S. 37.

Auch hier ist für die Frage der Gesetzgebungskompetenz der Länder zunächst die Bedeutung der einfachgesetzlichen Regelung des § 33i GewO nach Inhalt und Systematik für die Auslegung der Kompetenznorm entscheidend.

Dazu nachstehend III.1. und 2.

Unabhängig davon stellt sich für Werbeverbote die Frage nach der Zuordnung zum Recht der Spielhallen entsprechend der auf örtlich radizierte Materien gerichteten Zielsetzung der Kompetenzverlagerung,²⁰⁰ oder aber zum Recht des gewerblichen Gewinnspiels.

Dazu nachstehend IV.3.d).

Denn insoweit fehlt es jedenfalls am Regionalbezug.

e) Sperrdateien als Kompetenzfrage

aa) Selbstsperrungen als Instrument des Spielerschutzes im Glücksspielrecht

Während für Spielbanken und die weiteren staatlichen Glücksspielanbieter mit dem GlüÄndStV ein spielübergreifendes Sperrsystem eingeführt wurde, als dessen Verpflichtete § 8 Abs. 2 GlüÄndStV nunmehr Spielbanken und Veranstalter von Lotterien und Sportwetten mit besonderem Gefährdungspotential benennt, ist dies für gewerbliche Spielstätten im GlüÄndStV nicht vorgesehen. Die Bestimmungen des § 8 GlüÄndStV über Spielersperrungen und des § 23 GlüÄndStV über eine bundesweite Sperrdatei gelten ausweislich des § 2 Abs. 3 GlüÄndStV nicht für Spielhallen. Weitergehend haben einige Länder auch Sperrungen für Spieler in Spielhallen vorgesehen. Beispielfähig ist hier das Land Berlin zu nennen, in dem sich Spieler auf ihren Antrag hin für einzelne Spielhallen sperren lassen können. § 6 SpielhG Bln - Spieler- und Jugendschutz – sieht in Abs. 6 vor, dass Spieler sich freiwillig sperren lassen können.

Die Bestimmung lautet:

„Für die Dauer von mindestens einem Jahr sind auch Personen vom Spiel auszuschließen, die dies gegenüber der Inhaberin oder dem Inhaber der Erlaubnis nach § 2 Absatz 1 oder dem mit der Aufsicht betrauten Personal verlangen. Zum Zweck der Kontrolle des freiwilligen Ausschlusses dürfen die zur Identifizierung der betreffenden Personen erforderlichen

²⁰⁰ *Schneider*, GewArch 2009, 265, 343 (347 ff., 349).

personenbezogenen Daten erhoben und für die Dauer der Sperre gespeichert und im Rahmen der Eingangskontrolle verwendet werden.“

Da das Sperrverlangen gegenüber dem jeweiligen Erlaubnisinhaber auszusprechen ist, ist davon auszugehen, dass die Sperre und deren Kontrolle sich auf die jeweilige Spielhalle beziehen, der gesperrte Spieler in anderen Spielhallen des Landes – und erst recht in anderen Ländern – weiterhin spielen kann. Gleiches gilt für die freiwillige Selbstsperre nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 BremSpielhG. Eine vergleichbare Selbstsperre ist in weiteren Ländern vorgesehen, so etwa für Sachsen-Anhalt nach § 7 SpielhG LSA²⁰¹ und für Rheinland-Pfalz nach § 11 Abs. 5 LGlüG.²⁰²

bb) Zentrale Sperrdateien

Zentrale Sperrdateien sind demgegenüber vorgesehen in Baden-Württemberg und Hessen. Sie wirken nicht nur für die jeweilige Spielhalle, gegenüber deren Betreiber bzw. Erlaubnisinhaber die Selbstsperre erklärt wurde, sondern für alle Spielhallen im Land – es geht also in der Sache um den Ausschluss vom gewerblichen Geld-Gewinnspiel, vergleichbar dem Ausschluss von Glücksspiel in Spielbanken. Für Baden-Württemberg ist nach § 45 i.V.m. § 4 LGlüG BW die Spielersperre als Selbstsperre oder Fremdsperre vorgesehen, nach § 5 LGlüG erfolgt der Eintrag in eine zentrale Sperrdatei – bis zur Errichtung der zentral geführten Sperrdatei nach § 23 Abs. 1 GlüÄndStV, also der im Land Hessen zu führenden bundesweiten Datei, in eine landesweite Datei. Gesperrte Spieler dürfen nach § 43 Abs. 1 Satz 1 LGlüG nicht in die Spielhallen gelassen werden. Nach § 43 Abs. 1 Satz 2 LGlüG ist dies durch Einlasskontrollen auf der Grundlage eines Abgleichs mit der zentral geführten Sperrdatei nach § 23 GlüÄndStV sicherzustellen. Dies bedeutet: wer in die zentrale Sperrdatei eingetragen ist, weil er sich z.B. für Spielbanken und Spielcasinos hat sperren lassen, dem ist nach § 43 Abs. 1 Satz 2 LGlüG BW der Zutritt zu Spielhallen in Baden-Württemberg zu verweigern. Dies führt z. B. zu dem Ergebnis, dass ein Spieler, der sich für die Spielbank in Berlin sperren lässt, nicht nur für die anderen Spielbanken in Deutschland gesperrt wäre, sondern auch für alle Spielhallen in Baden-Württemberg, nicht aber in Berlin und anderen Bundesländern. Ein vergleichbares Sperrsystem sieht an sich auch das

²⁰¹ v. 25. Juni 2012, GVBl. LSA 2012, S. 204, 212 ff.

²⁰² v. 22. Juni 2012, GVBl RhPf 2012, S. 166 ff.

HessSpielhG vor, doch soll dort offenbar auf ein spielformübergreifendes Sperrsystem verzichtet werden, da hierfür keine Rechtsgrundlage im Landesrecht gesehen wird.

Zur Regelung der Sperrdateien in Hessen s.o. I.3.b) bb) sowie u. IV.2e). -

cc) Die kompetenzrechtliche Fragestellung

aaa) Die grundsätzliche Fragestellung: ordnungsrechtliche Überformung des Gewerberechts ?

Davon abgesehen, dass Sperrdateien und vergleichbare Instrumente des Spielerschutzes in § 33i GewO nicht vorgesehen sind, ist die kompetenzielle Fragestellung hier grundsätzlicher Natur. Durch derartige Instrumentarien des Spielerschutzes wird ein weiteres Element einer ordnungsrechtlichen Konzeption des Glücksspielrechts im engeren Sinn in das Recht des gewerblichen Spiels in Spielhallen implementiert – das Instrument der Spielersperre ist kennzeichnend für das Spielbankenrecht in seiner ordnungsrechtlichen, durch staatliche Monopole gekennzeichneten, nicht aber gewerberechtlichen Prägung, wurde dort, nachdem Selbstsperrungen bis dahin auf privatrechtlicher Grundlage möglich waren, mit dem Glücksspielstaatsvertrag 2008 auf eine öffentlich-rechtliche Grundlage gestellt. Das Bundesverfassungsgericht wertet demgemäß den Betrieb einer Spielbank als eine an sich unerwünschte Tätigkeit, die der Staat gleichwohl erlaube, um den nicht zu unterdrückenden natürlichen Spieltrieb des Menschen in geordnete Bahnen und zu staatlich überwachten Betätigungsmöglichkeiten zu lenken, ihn vor strafbarer Ausbeutung zu schützen,²⁰³ von fiskalischen Überlegungen abgesehen.

bbb) Fragen kompetenzmäßiger Zuordnung

Um hier die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz der Länder beantworten zu können, ist wiederum zunächst entscheidend, ob und inwieweit Inhalt und Systematik des § 33i GewO die Auslegung der Kompetenznorm bestimmen.

Dazu nachstehend III.1. und 2.

²⁰³ BVerfGE 28, 119 (148); 102, 197 (215 ff.).

Zentrale Sperrsysteme dürften dann jedenfalls von vornherein ausscheiden. Doch auch unabhängig von der Maßgeblichkeit des § 33i GewO für die Bestimmung der Kompetenzmaterie stellt sich für Sperrdateien die Frage nach der Zuordnung zum Recht der Spielhallen entsprechend der auf örtlich radierte Materien gerichteten Zielsetzung der Kompetenzverlagerung,²⁰⁴ oder aber zum Recht des gewerblichen Gewinnspiels.

Dazu nachstehend IV.2.e).

Denn insoweit fehlt es jedenfalls am örtlichen Regelungsbezug.²⁰⁵ Aber auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG – das Recht der Fürsorge – kommt als Kompetenzgrundlage in Betracht.²⁰⁶

f) Ermächtigung zu weitergehenden Regelungen

Ein grundsätzlicher Kompetenzkonflikt besteht im Verhältnis der Ermächtigung des § 28 Satz 2 GlüÄndStV, wonach die Länder „weitergehende Anforderungen zu den Voraussetzungen des Veranstaltens und Vermittelns von Glücksspielen“ festlegen können, und der Bundeskompetenz für das Recht der Aufstellung von Geldspielgeräten, auf deren Grundlage als Recht der Wirtschaft i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG der Bundesgesetzgeber im Rahmen des § 33c GewO und mit der Verordnungsermächtigung des § 33f Abs. 1 Nr. 1 GewO tätig geworden ist. Hierauf gestützt, ergingen die gerätebezogenen Bestimmungen der §§ 1 – 3 SpielV,²⁰⁷ die Rechtsverordnung teilt die kompetenzrechtliche Qualifikation der Ermächtigungsgrundlage. Ein Kompetenzkonflikt erwächst hieraus insbesondere dann, wenn die Länder durch weitergehende Regelungen im Verhältnis zum GlüÄndStV Anforderungen aufgreifen, die bisher in der SpielV geregelt waren, die Ermächtigung in Bezug auf Spielhallen als allgemeine Ermächtigung zur Regelung weitergreifender „Lebensbereiche“ verstehen.

²⁰⁴ *Schneider*, GewArch 2009, 265, 343 (347 ff., 349).

²⁰⁵ So auch *Ronellenfitsch/Denfeld*, Die Vereinbarkeit von Zugangskontrollen für gewerbliche Spielstätten mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, 2009, S. 9 f.

²⁰⁶ Vgl. *Ronellenfitsch/Denfeld* a.a.O.

²⁰⁷ S. dazu BVerwGE 29, 173; BVerwG DÖV 1986, 987; s. auch BVerwG, Urt. v. 28.5.1963, Buchholz 451.20, § 33f GewO Nr. 1.

3. Spielhallen und Spielgeräte als Recht der Wirtschaft

Fragen nach der Bestimmung der Kompetenzmaterie des Rechts der Spielhallen, ihrer Abgrenzung zu den in der konkurrierenden Zuständigkeit für das Recht der Wirtschaft im übrigen verbliebenen Materien und nach der Zuordnung der die Spielhallen und das gewerbliche Geld-Gewinnspiel betreffenden landesgesetzlichen Regelungen sind über die vorstehend dargelegten Einzelregelungen hinaus von grundsätzlicher Bedeutung. Wie am Beispiel der Zugangsbeschränkungen und Sperrsysteme ebenso deutlich wurde wie im Fall der Mindestabstände zwischen Spielhallenbetrieben, geht es auch um die Beibehaltung der gewerberechtlichen Strukturen des Rechts der Spielhallen und der Spielgeräte. Abgesehen von der Frage einer Festlegung des Landesgesetzgebers auf die wesentlichen Inhalte und Prinzipien des § 33i GewO sind hier auch kompetenzielle Fragen der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung²⁰⁸ berührt, wenn einerseits der Bundesgesetzgeber das Recht des gewerblichen Gewinnspiels an Geldspielgeräten nach den gewerberechtlichen Leitlinien der Gewerbefreiheit des Gewerbetreibenden und der grundsätzlich freien Inanspruchnahme ihres Angebots, also des freien Zugangs des Publikums ausgestaltet, der Landesgesetzgeber dies aber dadurch konterkariert, dass er das Recht der Spielhallen nach den ordnungsrechtlichen Modellen des Glücksspiels im engeren Sinn regelt und damit dem Gewerberecht in der Sache entzieht.

Vgl. zusammenfassend nachstehend V.2.

Dies betrifft grundsätzliche Fragen des Inhalts der Kompetenzbestimmungen, der Reichweite der Kompetenzmaterien und ihrer Abgrenzung zueinander

dazu nachstehend III.2.), III.3.

und der Bindungen des Landesgesetzgebers in Wahrnehmung seiner Ersetzungsbefugnis nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 G.

Dazu nachstehend III.3.

²⁰⁸ BVerfGE 76, 1 (74); *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 28. Aufl. 2012 Rdn. 380.

III. Recht der Spielhallen, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG – Inhalt und Tragweite der Kompetenznorm

1. Kompetenzmaterie „Recht der Spielhallen“ – Bestimmung nach § 33i GewO

a) Historische Auslegung und Entwicklung des Rechtsgebiets – normativ-rezeptive Benennung der Kompetenzmaterie

Auf die Bandbreite unterschiedlicher Sehweisen für die Bestimmung der Kompetenzmaterie des Rechts der Spielhallen insbesondere in der Maßgeblichkeit der einfachgesetzlichen Materie des § 33i GewO wurde vorstehend verwiesen.

S.o. II.1.a) bb).

Ehe dem näher nachgegangen werden kann, bedarf es zunächst einer Verge-
wisserung über die maßgeblichen Grundsätze der Verfassungsinterpretation in
Bezug auf Kompetenznormen.

Für die Auslegung von Kompetenznormen gelten zunächst die allgemeinen
Grundsätze der Verfassungsinterpretation. Dabei wird der historischen Inter-
pretation jedoch besonderes Gewicht beigelegt.²⁰⁹ Historische Interpretation²¹⁰
bedeutet hierbei zum einen Maßgeblichkeit des Kompetenzverständnisses
nach der WRV, soweit diese entsprechende Kompetenznormen enthielt,²¹¹
zum anderen der Entstehungsgeschichte des jeweiligen Kompetenztitels inner-
halb des Grundgesetzes,²¹² schließlich – hierin liegt ein spezifischer Interpreta-
tionsansatz für Kompetenznormen – der historischen Entwicklung der Mate-

²⁰⁹ BVerfGE 106, 62 (195); 109, 190 (215 ff.); BVerfG, B. v. 11.07.2013 – 2 BvR 2302/11 – Rdn. 56 ff.; s. auch BVerfG 4, 7 (13); 12, 205 (226); 15, 1 (22); 28, 66 (77 ff.); 68, 319 (328 ff.); *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 70 Rdn. 6.

²¹⁰ Vgl. *Heintzen*, BonnK, Art. 70 (2003) Rdn. 128ff.

²¹¹ Vgl. z.B. BVerfGE 3, 407 (415); 26, 281 (299); 33, 52 (61); 41, 205 (220); 42, 20 (29).

²¹² Vgl. z.B. BVerfGE 4, 7 (13); 12, 205 (226); 15, 1 (22); s. insbes. für Art. 74 I Nr. 24 BVerfGE 98, 106 (120).

rie,²¹³ vor allem bei normativ bezeichneten Materien: Bestimmend sind hier die normativen Strukturen, wie sie sich in der Tradition des jeweiligen Rechtsgebietes ausgeformt haben, deren herkömmlicher Regelungsbereich.²¹⁴ Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die Kompetenzzuweisungsnorm die Kompetenzmaterie normativ-rezeptiv bestimmt, sie also durch Bezugnahme auf einen Normenkomplex des einfachen Rechts umschreibt.²¹⁵

In seinem Urteil vom 10.02.2004²¹⁶ führt das Bundesverfassungsgericht hierzu für die Interpretation des Kompetenztitels für das Strafrecht in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG in grundsätzlicher Weise aus:

„Das Grundgesetz verfolgt mit den Zuständigkeitskatalogen der Art. 70 ff. GG den Zweck, eine vollständige Verteilung der staatlichen Aufgaben und Befugnisse zwischen Bund und Ländern zu erreichen. Die jeweilige Kompetenzmaterie wird dabei entweder faktisch-deskriptiv durch Benennung der zu regelnden Lebenssachverhalte oder normativ-rezeptiv durch Aufnahme eines vorgefundenen Normbereichs als zu regelnde Materie der Kompetenznorm zugeordnet. Hat der Verfassungsgeber eine normativ ausgeformte Materie vorgefunden und sie als solche gleichsam nachvollziehend benannt, so ist davon auszugehen, dass die einfachgesetzliche

²¹³ BVerfGE 12, 205 (226ff.); 42, 20 (30); 61, 149 (175); 67, 299 (315); 68, 319 (328); 102, 26 (37f.); 106, 62 (105, 107 f.).

²¹⁴ Kennzeichnend z.B. BVerfGE 42, 20 (29): öffentliches Wegeigentum nicht „bürgerliches Recht“; BVerfGE 61, 149 (175): Staatshaftung nicht „bürgerliches Recht“; BVerfGE 67, 299 (314ff., 319ff.): Regelungen über das Parken von Kfz als herkömmlicher Gegenstand des Straßenverkehrsrechts von Art. 74 I Nr. 22 erfasst; BVerfGE 75, 108 (146): für Kompetenzmaterie der Sozialversicherung Maßgeblichkeit des Bildes der „klassischen“ Sozialversicherung entspr. ihrer Entwicklung in der RVO mit den prägenden Elementen der „organisierten Vielheit“, des „solidarischen Ausgleichs“, der organisatorischen Ver selbstständigung über Sozialversicherungsträger.

²¹⁵ Grundlegend BVerfGE 109, 190 (218); zuletzt BVerfG, B. v. 11.07.2013 – 2 BvR 2302/11 -, BeckRS 2013, 54018; SächsVerfGH NVwZ-RR 2012, 873; s. ferner *Uhle*, Maunz/Dürig, GG, Art. 73 Rdn. 155; *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG II, 6. Aufl. 2012, Art. 74 Rdn. 49; *Kämmerer/Thüsing*, GewArch 2006, 266; *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, 2010, S. 41 ff.; kritisch gegenüber normativ-rezeptiver Deutung für das Gaststättenrecht *Rengeling/Szczekalla*, in: BonnK, Art. 74 I Nr. 11 (2007) Rdn. 144, s. aber dort Rdn. 153 für das Spielhallenrecht; s. hierzu auch bereits *Isensee*, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, 1973, S. 49 f.; *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976, S. 64 f.

²¹⁶ BVerfGE 109, 190.

Ausformung in der Regel den Zuweisungsgehalt auch der Kompetenznorm bestimmt (Degenhart, in: Sachs, GG, 3. Aufl., Art. 70 Rn. 44, 47). Sinn und Zweck der Umschreibung eines vom Verfassungsgeber bereits vorgefundenen Normenbereichs in der Kompetenzvorschrift sprechen dafür, dass der vorgefundene Normenbereich von ihr erfasst werden soll.“²¹⁷

Und es bestätigt diese Rechtsprechung in seinem Beschluss vom 11.07.2013 zum Therapieunterbringungs-Gesetz:

„Bei der Auslegung der Kompetenzbestimmungen gelten die allgemeinen Regeln, wobei der historischen Interpretation besonderes Gewicht beizumessen ist (vgl. BVerfGE 68, 319 <328>; 97, 198 <219>; 106, 62 <105>). Vor allem bei normativ-rezeptiven Zuweisungen, bei denen der Verfassungsgeber einen vorgefundenen Normbereich als zu regelnde Materie den Kompetenztiteln zugeordnet hat, ist maßgeblich auf das traditionelle, herkömmliche Verständnis von Inhalt und Reichweite dieses Normbereichs abzustellen (vgl. BVerfGE 109, 190<218>). Ausgehend davon hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere unter Einbeziehung von Entstehungsgeschichte und Staatspraxis (vgl. BVerfGE 109, 190 <213 f.>) entschieden, dass zum Strafrecht im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG die Regelung aller, auch nachträglicher, repressiver oder präventiver staatlicher Reaktionen auf Straftaten gehören, die an die Straftat anknüpfen, ausschließlich für Straftäter gelten und ihre sachliche Rechtfertigung auch aus der Anlasstat beziehen (BVerfGE 109, 190 <212>).“²¹⁸

Diese normativ-rezeptive Bestimmung der Kompetenzmaterie oder Vorprägung der Kompetenznorm durch einfachgesetzliches Recht²¹⁹ ist nicht auf das Strafrecht beschränkt.²²⁰ Für das Recht des Ladenschlusses, das im Zuge der Föderalismusreform zusammen mit dem Recht der Spielhallen und weiteren Teilmaterien als Recht der Wirtschaft aus der konkurrierenden Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder übergeleitet wurde, bestätigt der Sächsische Verfassungsgerichtshof in seinem Urteil vom 21.06.2012:²²¹

²¹⁷ BVerfGE 109, 190 (218).

²¹⁸ BVerfG, B. v. 11.07.2013 – 2 BvR 2302/11 – Rdn. 55 bei juris.

²¹⁹ So *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 33.

²²⁰ So aber in der Tendenz *Dietlein*, ZfWG 2008, 1 (18), wonach es sich nur beim Strafrecht um eine tradierte, festgefügte Begrifflichkeit handeln soll.

²²¹ SächsVerfGH NVwZ-RR 2012, 873 Rdn. 97.

„Das Grundgesetz benennt die Kompetenzmaterien der Art. 73, 74 GG faktisch-deskriptiv oder normativ-rezeptiv (vgl. BVerfG, Urteil vom 10. Februar 2004, BVerfGE 109, 190 [218]; ...), also durch Beschreibung der zu regelnden Lebenssachverhalte nach faktischen Kriterien oder durch Aufnahme eines vorgefundenen Normbereichs als zu regelnde Materie in die Kompetenznorm. Hat der Verfassungsgeber eine normativ ausgeformte Materie vorgefunden und sie als solche gleichsam nachvollziehend benannt, so ist davon auszugehen, dass die einfachgesetzliche Ausformung in der Regel den Zuweisungsgehalt auch der Kompetenznorm bestimmt. Sinn und Zweck der Umschreibung eines vom Verfassungsgeber bereits vorgefundenen Normbereichs in der Kompetenzvorschrift sprechen dafür, dass der vorgefundene Normbereich von ihr erfasst werden soll.“

Es war daher, so der Sächsische Verfassungsgerichtshof im Leitsatz 1) zu seinem Urteil zum Ladenschlussgesetz des Landes, davon auszugehen „dass der verfassungsändernde Gesetzgeber das Recht des Ladenschlusses so, wie es bisher durch Bundesgesetz geregelt war, auf die Länder rückverlagern wollte.“²²²

b) Spielhallenrecht als normativ vorgeprägte Materie – Anknüpfung an § 33i GewO

Für das Recht der Spielhallen kann im Grundsatz nichts anderes gelten. Der Begriff der Spielhalle ist, in stärkerem Maße noch als der des Ladenschlusses, normativ vorgeprägt und nicht bereits durch den allgemeinen Sprachgebrauch bestimmt. Es bedarf des Rückgriffs auf die Definition des § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO,²²³ die ihrerseits auf normative Inhalte der §§ 33c und d GewO verweist. Der Kompetenzbegriff „Spielhallen“ wird also normativ bestimmt. „Recht der Spielhallen“ sind demgemäß die Bestimmungen der GewO über die so definierten Spielhallen; dabei stellt § 33i GewO einen in sich abgeschlossenen Sondertatbestand im Rahmen des gewerblichen Spielrechts dar.²²⁴ Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat hier eine normativ geprägte und definierte Materie vorgefunden, ähnlich wie bei den weiteren in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

²²² Für engere Bestimmung der auf die Länder übertragenen Zuständigkeiten demgegenüber *Rengeling/Szczekalla*, in: BonnK, Art. 74 I Nr. 11 (2007) Rdn. 144.

²²³ Vgl. *Dietlein/Hüsken*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2008, § 33i GewO Rdn. 5.

²²⁴ Vgl. *Martinez*, in: Pielow, BeckOK (2013), § 33i Rdn. 1.

benannten, im Zuge der Föderalismusreform in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder verlagerten Teilbereichen des Wirtschaftsrechts. Er nahm Bezug auf bestimmte Normen der Gewerbeordnung,²²⁵ so insbesondere für die „Schaustellung von Personen“, § 33a GewO, sowie für Messen, Ausstellungen und Märkte, §§ 64 ff. GewO,²²⁶ das Gesetz über den Ladenschluss,²²⁷ oder das Gaststättengesetz.²²⁸ Die Kompetenzbegriffe sind durchweg normativ vorgeprägt – in besonderem Maße der des Rechts der Spielhallen in Anknüpfung an § 33i GewO.²²⁹ Begrifflichkeit und innere Systematik²³⁰ des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG machen deutlich, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber hier an die einfachgesetzlich vorgeprägten Begriffe²³¹ und für das Recht der Spielhallen an die vorgefundene Kompetenzmaterie des § 33i GewO anknüpft.²³²

c) Bestätigung durch die Entstehungsgeschichte

aa) Bedeutung für die Verfassungsauslegung

Dass die Kompetenzmaterie des Rechts der Spielhallen maßgeblich nach Maßgabe der vom verfassungsändernden Gesetzgeber vorgefundenen einfachgesetzlichen Begrifflichkeit zu bestimmen ist, bestätigt sich auch aus der

²²⁵ Vgl. *Stettner*, in: Dreier, GG II, 2. Aufl., Supplementum 2007, Art. 74 Rdn. 64.

²²⁶ Vgl. *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. 2012, Art. 74 Rdn. 91.

²²⁷ Vgl. SächsVerfGH NVwZ-RR 2012, 873 Rdn. 97.

²²⁸ Vgl. *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. 2012, Art. 74 Rdn. 91; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 74 Rdn. 31; zur gewerberechtlichen Parallele s. *Weidemann/Krappel*, NVwZ 2013, 673 (674).

²²⁹ So insbesondere *Oeter* a.a.O.: Anknüpfung an § 33i GewO an und Beschränkung hierauf.

²³⁰ Vgl. *Stettner*, in: Dreier, GG II, 2. Aufl., Supplementum 2007, Art. 74 Rdn. 64.

²³¹ Vgl. *Seiler*, in: Epping/Hillgruber, GG, 2009, Art. 74 Rdn. 44: „selbsterklärend“ – für enge Auslegung der Kompetenznorm; *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG II, 6. Aufl. 2012, Art. 74 Rdn. 49.

²³² *Oeter* a.a.O.; *Stettner*, in: Dreier, GG II, 2. Aufl., Supplementum 2007, Art. 74 Rdn. 64; *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 74 Rdn. 47; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 74 Rdn. 31; *Kunig*, in: von Münch/Kunig, GG II, 6. Aufl. 2012, Art. 74 Rdn. 49; auf § 33i GewO abstellend auch *Rengeling/Szczekalla*, in: BonnK, Art. 74 I Nr. 11 (2007) Rdn. 153 f., für weitergehende Bundeskompetenzen kraft Sachzusammenhangs; s. ferner *Degenhart*, NVwZ 2006, 1209 (1215); *Weidemann/Krappel*, NVwZ 2013, 673.

im engeren Sinn historischen, also der historisch-genetischen Auslegung²³³ der Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG im Zuge der Föderalismusreform. Historisch-genetische Auslegung bedeutet die Auslegung an Hand der konkreten Entstehungsgeschichte der Norm, der Absichten und Vorstellungen des historischen Gesetzgebers – damit sind die am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten gemeint.²³⁴

Für die Verfassungsauslegung gilt, was auch sonst für die Auslegung einer Norm nach ihrer Entstehungsgeschichte im methodischen Ansatz wie in der Praxis der Verfassungsrechtsprechung, insbesondere des Bundesverfassungsgerichts, gilt.²³⁵ Einerseits soll der Entstehungsgeschichte in erster Linie bestätigende,²³⁶ jedenfalls aber in der Regel nicht ausschlaggebende - zumindest nicht unbedingt ausschlaggebende²³⁷ - Bedeutung zukommen. Hierin erschöpft sich andererseits ihre Bedeutung, gerade nach der neueren Rechtsprechung,²³⁸ jedoch nicht.²³⁹ Die Praxis der Verfassungsinterpretation bedient sich regelmäßig und in weitergehendem Ausmaß, als dies in den ausdrücklichen methodenbezogenen Festlegungen des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck kommt,²⁴⁰ gleichrangig, mitunter auch vorrangig²⁴¹ der histori-

²³³ Zur Unterscheidung von historischer und genetischer Interpretation *F. Müller*, Juristische Methodik, 7. Aufl. 1997, S. 245, Rdn. 360 ff.

²³⁴ Dass im Zusammenhang der Entstehungsgeschichte historische und genetische Auslegung teilweise vermengt werden, konstatiert *F. Müller*, Juristische Methodik, 7. Aufl. 1997, S. 40, Rdn. 26.

²³⁵ Vgl. *Sachs*, DVBl 1984, 73 (78 f.); kennzeichnend etwa BVerfGE 51, 97 (108).

²³⁶ BVerfGE 27, 44(53 ff.); 36, 342 (367).

²³⁷ So die Formulierung bei BVerfGE 45, 187 (227); ähnlich E 62, 1 (45).

²³⁸ BVerfGE 92, 91 (111 f.); 94, 49 (95); 96, 288 (301).

²³⁹ S. zum Gewicht der historischen Interpretation in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 25

²⁴⁰ Vgl. zB BVerfGE 61, 149 (200), wenn dort Versuche zur Deutung des Wortes „grundsätzlich“ in Art. 34 GG unter ausdrücklichem Hinweis auf den Widerspruch zur Entstehungsgeschichte zurückgewiesen werden; ausschließlich auf die Entstehungsgeschichte wird abgestellt bei BVerfGE 2, 266 (272 ff.) s. auch BVerfGE 92, 91 (111 f.); 96, 288 (301), wo für den neugeschaffenen Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG an erster Stelle auf die Entstehungsgeschichte abgestellt wird, während BVerfGE 94, 49/95 für Art. 16 a GG konstatiert, dass weder Wortlaut noch Entstehungsgeschichte eindeutige Rückschlüsse zulassen, beide Auslegungsmethoden damit aber gleichrangig und an erster Stelle herangezogen werden.

²⁴¹ Besonders deutlich zuletzt BVerfGE 96, 288 (301).

schen²⁴² bzw. genetischen Interpretation.²⁴³ Ihr wird insbesondere auch dann erhöhte Bedeutung beigemessen, wenn sich feste Grundsätze für die Auslegung einer Verfassungsnorm noch nicht bilden konnten.²⁴⁴ Dies ist vor allem bei noch kürzere Zeit zurückliegenden Verfassungsänderungen der Fall.

bb) Genese des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

aaa) Föderalismuskommission

Die Genese des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG n.F. wird im Abschlussbericht des Deutschen Instituts für Föderalismusforschung e.V. an der Leibniz-Universität Hannover eingehend unter Heranziehung insbesondere der Arbeiten der Föderalismuskommission dokumentiert.²⁴⁵

Danach fand nach der Konstituierung der Föderalismuskommission I am 7. November am 12. Dezember 2003 eine erste Expertenanhörung statt, bei der das „Recht der Wirtschaft“ als möglicher Gegenstand einer Kompetenzverlagerung auf die Länder genannt wurde, unter Beschränkung aber die Ersetzung einzelner Regelungen; es wurden „Handwerk“ und „Gewerbe“ als Gegenstand einer möglichen Kompetenzverlagerung genannt.²⁴⁶ Auf einer Sonderkonferenz der Ministerpräsidenten am 06. Mai 2004 wurde ein „Positionspapier zur Föderalismusreform“ beschlossen, das sich unter „Wirtschaftsrecht mit vorrangig regionaler Bedeutung“ für eine „Übertragung von Kompetenzen aus dem Recht des Handwerks, der Industrie- und Handelskammern, des Gewerbes, der Gaststätten und der

²⁴² Diese erlangt Bedeutung insbesondere für die Auslegung von Kompetenznormen, wenn dort auf bestimmte vorgefundene Materien verwiesen, insbesondere auch an die Kompetenzmaterien der WRV angeknüpft wird, vgl. zB BVerfGE 42, 20 (28 ff.); 61, 149 (195 ff.); 97, 198 (218 ff.).

²⁴³ S. BVerfGE 106, 62 (105); 110, 141 (170); zahlreiche Beispiele bei *Sachs*, DVBI 1984, 73 (80 f.); s. auch *F. Müller*, Juristische Methodik, 7. Aufl. 1997, S. 246 f., Rdn. 362.

²⁴⁴ BVerfGE 62, 1 (45).

²⁴⁵ Vgl. zur Entstehungsgeschichte Deutsches Institut für Föderalismusforschung e.V.: Abschlussbericht über das Projekt: Der neue deutsche Bundesstaat. Begleitforschung zur Umsetzung der Föderalismusreform I, 2013, S. 435 ff – im folgenden: Abschlussbericht -.; i.w. wortgleich wiedergegeben bei *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 12 - 24.

²⁴⁶ So die Sachverständigen *Benz* und *Schmidt-Jortzig*.

Ladenöffnung“ aussprach.²⁴⁷ Ähnlich äußerten sich auch die Fraktionsvorsitzenden der CDU/CSU-Fraktionen der Länderparlamente.²⁴⁸

Im Anschluss an die erste Beratungsphase der Kommission erhielten Projektgruppen den Auftrag, konkrete Formulierungsvorschläge auszuarbeiten. Eine Projektgruppe mit dem Auftrag „Regionale Themen befasste sich in mehreren Sitzungen zwischen 16. Juni und 29. September 2004 u.a. mit einer Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Ein erster Formulierungsvorschlag lautete dahingehend, das Recht der Wirtschaft „mit Ausnahme des Rechts der außerschulischen Bildung, der Gaststätten, des Ladenschlusses, des Schornsteinfegerwesens, der Industrie- und Handelskammern, des Handwerks und des Gewerbes“ in der konkurrierenden Zuständigkeit des Bundes zu belassen.²⁴⁹

Von Seiten der Bundesregierung wurde dies als zu weitgehend abgelehnt, insbesondere für das Gewerberecht, für das auf die Einführung der Gewerbefreiheit im 19. Jahrhundert verwiesen wurde. Die Länder hielten demgegenüber Absichtungen in Bereichen denkbar, in denen die lokale Radizierung des Handwerks- und Gewerbebetriebs gegeben war. Die Stellungnahme der Bundesregierung hierzu benennt einige Vorschriften, bei denen für einzelne Bereiche eine Verlagerung der Kompetenz auf die Länderebene in Betracht käme, „soweit ein lokaler Bezug vorhanden ist.“²⁵⁰ Genannt werden insgesamt 12 Einzelvorschriften, u.a. §§ 30, 34, 34a, 34c, 36 und 38 GewO; in dieser Liste finden sich auch Regelungen über „Gewinnspiele und Geldspielgeräte – außer Spielbanken, Lotterien, Toto, die landesspezifisch normiert sind, dort z.T. mit einem unter großer Mühe erarbeiteten Staatsvertrag wieder einer bundeseinheitlichen Regelung zugeführt wurden (§§ 33c bis h) – Spielhallen (§ 33 i)“.²⁵¹

²⁴⁷ Kommissionsdrucksache 0045, S. 7 f. – die Kommissionsdrucksachen sind abrufbar unter www.bundesrat.de.

²⁴⁸ Kommissionsdrucksache 0048, S. 2.

²⁴⁹ Projektgruppe 5 (Regionale Themen), PAU-5/0002, Anlage 1, S. 1 ff., zitiert nach: Abschlussbericht, S. 442; *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 15 bezeichnet dies als „Maximalposition der Länder“.

²⁵⁰ Vgl. Abschlussbericht S. 444 unter Verweis auf PAU 5/0020, dort als „offizielle Stellungnahme der Bundesregierung“ gewertet.

²⁵¹ S. *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, 2010, S. 16 f.

In der Folge wurde dann, so die Darstellung der an der Kommissionsarbeit Beteiligten,²⁵² die Kompetenzabschichtung unter dem Gesichtspunkt der „lokalen Radizierung“ weiter erörtert.²⁵³

In der Plenarsitzung der Kommission Föderalismusreform vom 14. Oktober 2004 konnte dann von Seiten des Berichterstatters für regionale Themen Einigkeit darüber konstatiert werden, dass eine Übertragung u.a. des Gewerberechts – in spezifischen Bereichen mit örtlichem Bezug – in Betracht käme. Der endgültige Vorschlag der Bundesregierung lautete:

„Kompetenzverlagerung auf die Länder (aus Art. 74 GG)

...

6. Teile des Gewerberechts (**Konsens**)

Ladenschlussrecht

...

Schaustellung von Personen

Spielhallen

Messen, Ausstellungen und Märkte

...

Gewinnspiele und Geldspielgeräte waren nicht mehr erwähnt.

Entsprechend lautete dann der endgültige Vorschlag der Kommission für die Neufassung der Nr. 11 in Art. 74 Abs. 1 GG: „ohne das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte“.²⁵⁴

bbb) Umsetzung in der Föderalismusreform

Die Vorschläge der Föderalismuskommission wurden, nachdem diese Ende 2004 ihre Arbeit abgebrochen hatte, mit Bildung der großen Koalition 2004 wieder aufgenommen und im Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 17. März 2006²⁵⁵ umgesetzt. Ein Antrag der FDP-Fraktion im

²⁵² *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 17.

²⁵³ Näher *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 17 f.

²⁵⁴ Abschlussbericht S. 448.

²⁵⁵ BT-Drucks. 16/813.

Rechtsausschuss, die Kompetenzverlagerung für das Recht der Gaststätten, der Spielhallen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte zu streichen, fand keine Mehrheit.²⁵⁶ Es blieb bei der vorgeschlagenen Fassung. Die eigentlichen Gesetzgebungsmaterialien hierzu sind, wie eingangs dargelegt,

s.o. I.1.a);

nur wenig aussagekräftig. Die Genese des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG n.F. macht jedoch hinreichend deutlich, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber die Neufassung mit dem Inhalt in seinen Willen aufgenommen hat, mit dem sie in der Föderalismuskommission beraten worden war, dass der Wille und die Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten deren Vorstellungen entsprachen, und damit den Willen des „historischen“ Gesetzgebers bezeichnen.²⁵⁷

Es war insbesondere durchweg die Intention der Beteiligten, nur Teilbereiche des Gewerberechts mit lokaler Radizierung in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder zu verlagern und hierbei zwischen dem Recht der Spielhallen und dem gewerblichen Spielrecht zu differenzieren, wie auch die Anknüpfung an die vorgefundene einfachgesetzliche Begrifflichkeit durchweg deutlich wird. Die Materien der §§ 33 c bis d und des § 33i GewO wurden als gesonderte Kompetenzmaterien gesehen, nur die Spielhallen, nicht aber Gewinnspiele und Geldspielgeräte fanden Eingang in die Erwägungen der Föderalismuskommission, die dann, wenn auch ohne explizite Beschlussfassung der Kommission, in die Gesetzesvorlagen der Koalition übernommen wurden. Die Erwägung, den Ländern Materien mit spezifisch lokalem oder regionalem Bezug in alleinige Zuständigkeit zu übertragen, doch auch nur diese zu übertragen, war mithin maßgebliche Leitlinie der Verfassungsänderung, bestimmte deren Zielsetzung.²⁵⁸

Auch die Genese des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bestätigt die hier vertretene Bestimmung der Kompetenzmaterie nach § 33i GewO – wie dies auch der ganz überwiegenden Sicht der Verfassungsnorm entspricht.

²⁵⁶ Vgl. BT-Drucks. 16/2069 S. 20 f.

²⁵⁷ Zum Willen des historischen Gesetzgebers als Auslegungskriterium s. zB BVerfGE 106, 62 (105); 110, 141 (170).

²⁵⁸ Vgl. *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 17 f. sowie GewArch 2009, 365 (369).

d) Verifizierung an Hand weiterer Auslegungskriterien

Die historisch-genetische Auslegung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bestätigt mithin eine Bestimmung der Kompetenzmaterie, wie sie hier aus deren normativ-rezeptiver Benennung hergeleitet wurde. Sie steht auch im Einklang mit dem Wortlaut des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG²⁵⁹ und dessen innerer Systematik. Eine weitergehende Auslegung dahingehend, unter das Recht der Spielhallen auch das Geschehen *in* den Spielhallen selbst zu fassen, wie zB das Spiel an Spielgeräten, erschiene bereits vom Wortlaut der Norm her²⁶⁰ schwerlich vertretbar.²⁶¹ Der Begriff der Spiel„halle“ ist raumbezogen;²⁶² legt man den allgemeinen Sprachgebrauch zugrunde, so kann darunter nur ein Raum²⁶³ verstanden werden, in dem „Spiele“ stattfinden; im allgemeinen, umgangssprachlichen Sinn meist Glücksspiele, Gewinnspiele oder Geschicklichkeitsspiele (während zB Räumlichkeiten, in denen Sport getrieben wird, also etwa Ballspiele stattfinden, umgangssprachlich nicht als Spielhallen bezeichnet werden).²⁶⁴

Im allgemeinen Sprachgebrauch, der für die Auslegung nicht zwingend ist, aber doch die Grenzen möglicher Auslegung bezeichnet, entspricht also der Begriff der Spielhalle der Definition in § 33i GewO als einer Räumlichkeit, in der sich Spielgeräte befinden, in der insbesondere Geldgewinnspiel betrieben wird. Nicht anders ist der Begriff der Spielhalle in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zu verstehen. Dies bestätigt eine Auslegung des Kompetenzbegriffs des Rechts

²⁵⁹ Zum Wortlaut der Norm als nach allgemeinen Grundsätzen der Verfassungsinterpretation äußerster Grenze der Auslegung s. BVerfGE 92, 1 (16 f.).

²⁶⁰ Vgl. *Schmitz*, Recht der Wirtschaft und regionale Arbeitsmarktpolitik, in: Holt-schneider/Schön, Die Reform des Bundesstaates, 2007, S. 247 (251 mit Fn. 17).

²⁶¹ *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 29 f.

²⁶² Ebenso *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, 2010, S. 58.

²⁶³ Dabei muss es sich nicht zwingend um eine „Halle“ im Sinn eines großen Raumes handeln, wie etwa das Begriff der „Trinkhalle“ im allgemeinen Sprachgebrauch belegt, so auch *Kluth* a.a.O.

²⁶⁴ Vgl. *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, 2010, S. 59.

der Spielhallen als des Rechts, das sich auf diese Räumlichkeiten bezieht, und das innerhalb des Rechts der Wirtschaft in § 33i GewO enthalten ist.

Dem entspricht, wie ausgeführt, die Verfassungsnorm in ihrer systematischen Fassung, wenn dort für die Kompetenzverlagerung auf die Länder durchweg an normativ vorgeprägte Begriffe, an die Bezeichnung konkret definierter Teilgebiete des Rechts der Wirtschaft angeknüpft wird, wie Ladenschluss, seinerzeit geregelt im Ladenschlussgesetz des Bundes, Recht der Gaststätten, geregelt im Gaststättengesetz, sowie der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte, geregelt in den jeweiligen Bestimmungen der GewO.

Diese Regelungstechnik spricht bei systematischer Auslegung auch dafür, dass durch die Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG dem Landesgesetzgeber ein klar nach dem einfachgesetzlichen Recht definierter Kompetenzbereich zugewiesen werden sollte. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat im Recht der Wirtschaft für das Teilgebiet des gewerblichen Spielrechts die differenzierte Regelung der §§ 33c ff. GewO vorgefunden und ausschließlich auf das Recht der Spielhallen bezuggenommen. Wollte man die Kompetenzmaterie auf alle den „Lebensbereich“ der Spielhallen berührenden Regelungen der §§ 33c ff. GewO beziehen,²⁶⁵ so würde dies zu einer Gemengelage von Bundes- und Landeszuständigkeiten, und damit in der Folge von Bundes- und Landesrecht²⁶⁶ führen, wie sie nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers im Rahmen der Föderalismusreform nicht entstehen sollte.²⁶⁷

²⁶⁵ Vgl. zu *Dietlein* und der von ihm, ZfWG 2008, 12 (16 ff.), vorgenommenen Bestimmung der Kompetenzmaterien nach „Lebenssachverhalten“ bereits o. II.1.b) bb).

²⁶⁶ Die Feststellung einer verfassungsrechtlich nicht hinnehmbaren Gemengelage von Bundes- und Landesrecht, BVerfGE 111, 10 (29), ist nicht auf die Wahrnehmung der Ersetzungsbefugnis nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG beschränkt.

²⁶⁷ S. auch BVerfGE 111, 10 (29).

2. Bestimmung der Kompetenzmaterie in Abgrenzung sachlich zusammenhängender Kompetenzbereiche

a) Einfachgesetzliche Abgrenzung der Materien und Kompetenznorm

aa) Abgrenzungserfordernisse

Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat mit dem „Recht der Spielhallen“ eine normativ vorgeprägte Materie vorgefunden und als Kompetenzmaterie rezipiert, die sachlich damit zusammenhängenden Bereiche des gewerblichen Gewinnspiels nach §§ 33c und d GewO zusammen mit der Verordnungsermächtigung des § 33f GewO,²⁶⁸ soweit sie sich hierauf bezieht,²⁶⁹ in der konkurrierenden Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG belassen und damit die Länder angesichts der gegebenen bundesgesetzlichen, die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG entfaltenden Regelung dieses Bereichs²⁷⁰ hiervon weiterhin ausgeschlossen. Die nunmehr den Ländern zugewiesene Kompetenzmaterie des Rechts der Spielhallen kann daher nur in Abgrenzung zu den in konkurrierender Zuständigkeit verbliebenen Kompetenzmaterien bestimmt werden.²⁷¹ Dies gilt insbesondere auch für die konkurrierende Zuständigkeit für den Jugendschutz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG,²⁷² sowie das Bodenrecht nach Nr. 18.

²⁶⁸ S. zur Bedeutung der Verordnungsermächtigung insbesondere *Weidemann/Krappel*, NVwZ 2013, 673 (678 f.).

²⁶⁹ S. zur Tragweite der Verordnungsermächtigung *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 57 sowie nachstehend IV.2.b) aa).

²⁷⁰ Vgl. *Sodan/Kluckert*, NVwZ 2013, 241 (244); *Pieroth/Lammers*, GewArch 2012, 1 (2) – dort insbesondere auch zur Sperrwirkung im Fall der Ausfüllung einer bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigung.

²⁷¹ Vgl. zu dieser Absichtung auch *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 56 ff.

²⁷² Zu Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG – öffentliche Fürsorge – als Kompetenzgrundlage für das Recht des Jugendschutzes s. *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 74 Nr. 8.

bb) Vorgefundene normative Abgrenzung

Schon wegen dieser erforderlichen Abgrenzung der sachlich zusammenhängenden Kompetenzmaterien auf dem Gebiet des gewerblichen Spiels²⁷³ ist es erforderlich, die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG genannten, auf die Länder übergeleiteten Teilbereiche des Wirtschaftsrechts nach der dort vorgenommenen, auf das vorgefundene kompetenzausfüllende Recht bezogenen, sie rezipierenden, normativen Benennung der Kompetenzmaterien zu bestimmen. Die Verfassungsänderung traf auf eine Gesetzeslage, die auf unterschiedlichen, sachlich zusammenhängenden verzahnten und sich in ihrem Wirkungsbereich teilweise überlagernden, aber doch normativ klar geschiedenen gesetzlichen Bestimmungen für Spielhallen und für das gewerbliche Spiel an Spielgeräten beruhte. Sie beruht hierauf auch weiterhin. Auf eben diese gesetzliche Unterscheidung, wie sie bereits den Beratungen der Föderalismuskommission zugrundelag,²⁷⁴

vorstehend III.1.c) bb) aaa);

nimmt die Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG Bezug.

Es ist dies ein weiterer entscheidender Gesichtspunkt, der gegen eine Ausweitung des Kompetenzbegriffs des Rechts der Spielhallen über den Bereich des Spielhallenrechts i.S.d. § 33i GewO hinaus spricht. Würden einzelne Teilregelungen aus dem Recht des gewerblichen Gewinnspiels wegen eines etwaigen Zusammenhangs mit dem Recht der Spielhallen gleichermaßen in die Kompetenzmaterie des Rechts der Spielhallen nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG n.F. einbezogen, hätte dies zur Folge, dass der Bund insoweit an eigener Gesetzgebung gehindert wäre, die Länder punktuell auch Regelungen zum gewerblichen Gewinnspiel in Wahrnehmung ihrer Ersetzungskompetenz nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG treffen könnten, mit der weiteren Konsequenz verfassungsrechtlich nicht hinnehmbarer Gemengelagen.²⁷⁵

²⁷³ Vgl. *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 37.

²⁷⁴ *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, 2010, S. 16 f.

²⁷⁵ Vgl. BVerfGE 111, 10 (29).

cc) Maßgeblichkeit des örtlichen Regelungsbezugs

Wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber aus sachlich zusammenhängenden Kompetenzmaterien einen einzelnen Kompetenztitel herausgegriffen hat, weil nur insoweit eine hinreichende regionale Radizierung gesehen wurde,²⁷⁶ so hat auch die damit verbundene normative Abgrenzung Eingang in die Verfassungsnorm gefunden. Die insbesondere durch die historische Auslegung belegte Zielsetzung des verfassungsändernden Gesetzgebers, die Kompetenzmaterien nach ihrem regionalen Bezug, ihrer regionalen „Radizierung“ zu bestimmen,²⁷⁷ bezeichnet damit die maßgebliche Leitlinie für deren Abgrenzung. Dieses Erfordernis des örtlichen Regelungsbezugs kann also nicht nur als Motiv für die Verfassungsänderung gewertet werden, dahingehend, dass es die vom Verfassungsgeber getroffene Abgrenzung der Kompetenzen „erklärt“.²⁷⁸ Es ist vielmehr entscheidendes Kriterium für die Abgrenzung der Kompetenzmaterien und für die kompetenzmäßige Zuordnung einfachgesetzlicher Regelungen insbesondere dann, wenn sie Bezugspunkte zum Recht der Spielhallen wie zum Recht der Geräteaufstellung aufweisen.²⁷⁹

dd) Insbesondere: örtlicher Regelungsbezug und Jugendschutz

Dass der örtliche Regelungsbezug, die örtliche Radizierung maßgeblich sein muss, wird besonders deutlich für Regelungen mit der Zielsetzung des Jugendschutzes. Abstrakte-generelle, von der örtlichen Situation abstrahierende Erfordernisse des Jugendschutzes sind in Bezug auf Spielhallen in § 6 Abs. 1 JuSchG enthalten.

S.o. II.1.b) dd).

Das generelle Anwesenheitsverbot bewirkt hier die denkbar weitestgehende Einschränkung. Wenn daneben in § 33i Abs. 2 Nr. 3 GewO die Gefährdung der Jugend als Versagungsgrund für die Spielhallenerlaubnis genannt wird, so kann es sich hierbei nur um konkrete Umstände handeln, die die Besorgnis

²⁷⁶ Vgl. *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, 2010, S. 61.

²⁷⁷ Vgl. zur Entstehungsgeschichte *Schneider*, *GewArch* 2009, 265 (269).

²⁷⁸ So aber VG Berlin, Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn.117.

²⁷⁹ Eben dies ist ein maßgebliches Kriterium für kompetenzmäßige Zuordnung, vgl. *Degenhart*, in: *Sachs*, GG, 6. Aufl. 29012, Art. 70 Rdn. 57.

begründen, am Ort der jeweiligen Spielhalle seien Erfordernisse des Jugendschutzes nicht gewährleistet. Generelle Anforderungen an den Aufstellungsort sind demgegenüber im Rahmen der Aufstellerlaubnis nach § 33c Abs. 1 Satz 3 GewO zu bestimmen.²⁸⁰ Sie gelten unabhängig davon, ob gewerbliche Geldspielgeräte in Spielhallen oder anderweitig aufgestellt werden.

Für gesetzliche Regelungen zum Jugendschutz ist also zu differenzieren: Jugendschutz für Spielhallen ist generalisierend in § 6 Abs. 1 JuSchG geregelt; für örtlich radizierte Anforderungen kann die Spielhallenkompetenz der Länder im Wege der Ersetzung des § 33i Abs. 2 Nr. 3 GewO in Anspruch genommen werden. Unabhängig von Spielhallen hat der Bundesgesetzgeber Bestimmungen zum Jugendschutz auch im Recht der Geräteaufstellung getroffen (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 SpielV z.B.). Sie sind auf die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft und auch auf die Gesetzgebungskompetenz für die öffentliche Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG gestützt und können vom Bund auf dieser Grundlage weiterhin erlassen werden.

b) Keine Erweiterung der Länderkompetenz kraft Sachzusammenhangs

aa) Entgegenstehende positive Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers

Der unbestreitbare sachliche Zusammenhang zwischen dem Recht der Spielhallen, wie es in § 33i GewO seine normative Prägung gefunden hat, und dem Recht des gewerblichen Gewinnspiels in § 33c und § 33d GewO bedeutet also nicht, dass sich die ausschließliche Länderkompetenz für ersteres auf Teilbereiche des in konkurrierender Zuständigkeit verbliebenen letzteren erstrecken könnte. Wenn, wie ausgeführt, der verfassungsändernde Gesetzgeber in Betracht und in Kenntnis dieses normativen Befunds nur das Recht der Spielhallen den Ländern zugewiesen hat, so muss es schon deshalb als ausgeschlossen gelten, aus den in konkurrierender Zuständigkeit verbliebenen und damit die Länder kraft der Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG ausschließen-

²⁸⁰ Vgl. *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Aufl. 2011, § 33c Rdn. 28.

den Gesetzgebungsmaterien Teilausschnitte mit Hilfe einer Kompetenz kraft Sachzusammenhangs der ausschließlichen Länderkompetenz zuzuweisen.²⁸¹

Dies muss bereits angesichts der positiven Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers, den Ländern nur die Zuständigkeit für das Recht der Spielhallen zuzuweisen, als ausgeschlossen gelten. Im Zuge der Föderalismusreform wurden aus dem Recht des gewerblichen Gewinnspiels, das bis dahin umfassend durch Bundesrecht geregelt war, wie auch aus anderen Bereichen des Rechts der Wirtschaft, Teilbereiche mit regionalem oder lokalem Bezug ausgegliedert. Angesichts dieser klaren Beschränkung der den Ländern zugewiesenen Bereiche ist deren Erweiterung um ungeschriebene Kompetenzen selbst dann unzulässig, wenn im Einzelfall ein solcher Sachzusammenhang hergestellt werden könnte.

bb) Fehlende Voraussetzungen einer Länderkompetenz kraft Sachzusammenhangs

Tatsächlich jedoch sind bereits die Voraussetzungen hierfür²⁸² nicht gegeben.²⁸³ Eine Kompetenz kraft Sachzusammenhangs „stützt und ergänzt eine zugewiesene Zuständigkeit, wenn die entsprechende Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne dass zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird.“²⁸⁴ Bereits die geltende Regelung jedoch belegt, dass Regelungen über den Betrieb der Spielhallen und über die Aufstellung der Spielgeräte und deren Beschaffenheit gesondert ergehen können, auch wenn etwa Anforderungen wie die der Zuverlässigkeit und der Wahrung des Jugendschutzes für Geräteaufsteller und Spielhallenbetreiber in gleicher Weise geregelt werden. Gerade der sachliche Zusammenhang zwischen

²⁸¹ So aber *Dietlein*, ZfWG 2008, 12 (13 f.); dagegen *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 38 ff.; wie hier auch *Hufen*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 29 f.

²⁸² Zu den Voraussetzungen s. *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 70 Rdn. 42 ff.;

²⁸³ *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 38 ff.

²⁸⁴ BVerfG in stRSpr, s. B.v. 11.07.2013 - 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12 – Rdn. 159 (abw. Meinung) mit zahlr. Nw.; aus neuerer RSpr. etwa BVerfGE 97, 228 (251); 98, 265 (299); 106, 62 (115).

den Materien belegt im übrigen das Erfordernis nach deren klarer Trennung als Voraussetzung für eine eindeutige kompetenzmäßige Zuordnung. Gewerbliche Gewinnspielgeräte werden typischerweise in Spielhallen, aber auch an anderen Orten aufgestellt, und Spielhallen sind dadurch gekennzeichnet, dass in ihnen derartige Geräte betrieben werden.²⁸⁵

Gleichwohl darf deshalb nicht, etwa im Wege des Sachzusammenhangs, das Recht der Geldspielgeräte in das Recht der Spielhallen einbezogen werden. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat einen nach Gegenstand und Zielsetzung eng begrenzten Teilbereich des Rechts des gewerblichen Gewinnspiels auf die Länder übertragen. Der Schwerpunkt der Materie ist in konkurrierender Zuständigkeit verblieben. Im Wege des Sachzusammenhangs oder der Annexkompetenz²⁸⁶ darf die explizite Kompetenzzuteilung nicht substantiell verändert,²⁸⁷ die Annexmaterie nicht zur Hauptmaterie werden.²⁸⁸ Sollten also die Kompetenzmaterien sich überlagern oder sich in enger Verzahnung darstellen,²⁸⁹ so könnte allenfalls erwogen werden, Gesichtspunkte des Spielhallenrechts im Wege des Sachzusammenhangs der Bundeszuständigkeit für das Recht der Wirtschaft zuzuordnen,²⁹⁰ oder auch der Kompetenzmaterie des Jugendschutzes als Element der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG, nicht aber umgekehrt.

²⁸⁵ Vgl. auch *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, 2010, S. 79 ff.

²⁸⁶ Ob es sich hierbei um unterschiedliche Formen einer ungeschriebenen Zuständigkeit handelt, kann hier dahinstehen; vgl. dazu *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 70 Rdn. 43.

²⁸⁷ Vgl. für Sachzusammenhang BVerfGE 12, 205 (226 ff.),

²⁸⁸ BVerfGE 77, 288 (299); *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 70 Rdn. 38, 45.

²⁸⁹ Vgl. hierzu BVerfGE 98, 265 (299 ff.); *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 70 Rdn. 29, 43.

²⁹⁰ So *Rengeling/Szczekalla*, in: BonnK, Art. 74 I Nr. 11 (2007) Rdn. 147.

3. Tragweite der Kompetenznorm und Schranken der Kompetenzausübung

a) Beschränkung des Landesgesetzgebers

Aus den vorstehenden Überlegungen folgt: wenn der Kompetenzbegriff des Rechts der Spielhallen in Anlehnung an § 33i GewO und in Abgrenzung zum Recht des gewerblichen Gewinnspiels in den Bestimmungen der §§ 33c und d GewO definiert wird, so entspricht dies dem Willen des historischen Gesetzgebers ebenso wie dem Wortlaut und der Systematik der Verfassungsnorm.

Von vornherein aus der Kompetenzmaterie des Rechts der Spielhallen auszuscheiden wäre deshalb, um auf im Schrifttum vertretene Optionen einzugehen,²⁹¹ ein generelles Verbot bestimmter Spielarten oder Spielgeräte in Spielhallen, da damit bestimmte Geräte für nicht genehmigungsfähig bzw. nicht aufstellbar erklärt würden. Dies betrifft die Kompetenzmaterien der §§ 33 c und d GewO. Wie Bestimmungen über die technischen Vorgaben für gewerbliche Geldspielgeräte klar vom Recht der Spielhallen geschieden sind,²⁹² gilt dies generell für alle geräte- und herstellerbezogenen Regelungen.²⁹³ Dies folgt schon aus der Abgrenzung der Kompetenzmaterien des § 33i GewO und der in der konkurrierenden Zuständigkeit verbliebenen Materien der §§ 33 c bis d GewO; dies entspricht auch der Intention der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, den Ländern Materien mit regionalem Bezug und örtlicher Radizierung zu öffnen. Den Ländern wurde explizit die Zuständigkeit für das Recht der Spielhallen übertragen, nicht aber die Zuständigkeit „für die dort präsentierten Angebote“.²⁹⁴ Wenn es sich hierbei um gewerbliches Gewinnspiel an Geldspielgeräten handelt, ist es für diese Angebote bei der konkurrierenden Zuständigkeit für das Recht der Wirtschaft verblieben. Der Landesgesetzgeber mag bestimmen, dass eine Spielhalle vorliegt, wenn dort bestimmte Angebote

²⁹¹ *Dietlein*, ZfWG 2008, 12 (18).

²⁹² *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, 2010, S. 79 ff.

²⁹³ *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 57.

²⁹⁴ So aber *Dietlein*, ZfWG 2008, 12 (18).

präsentiert werden, nicht aber, wie diese Angebote auszusehen haben und wie sie zu präsentieren sind.

b) Verfassung nach Gesetz? – keine unzulässige Verengung der Landeskompetenzen

Wenn die Zuständigkeiten des Landesgesetzgebers in Anknüpfung an die spielhallenbezogene Bestimmung des § 33i GewO und in Abgrenzung zur einfachgesetzlichen Regelung des gewerblichen Gewinnspiels bestimmt werden, so bedeutet dies keine unzulässige „Verfassung nach Gesetz“ und keine unzulässige „gesetzeskonforme Verfassungsauslegung“,²⁹⁵ die den Landesgesetzgeber auf die „Verwaltung eines bestehenden (bundesgesetzlichen) Normbestandes“²⁹⁶ – was immer damit gemeint sein mag – beschränken würde. Der Landesgesetzgeber ist auf Grund der Kompetenzübertragung durch die Föderalismusreform nicht gehalten, sich inhaltlich auf Regelungen in Gestalt des § 33i GewO zu beschränken, ebenso wie der Bundesgesetzgeber in den ihm verbliebenen Materien nicht in dieser Weise beschränkt ist.²⁹⁷ Die Länder können das Recht der Spielhallen auf weitere Spielformen erstrecken oder insoweit auch verengen.²⁹⁸ Sie können die Öffnungszeiten für Spielhallen durch Sperrzeiten in regionaler Differenzierung regulieren,²⁹⁹ wie auch zB baupolizeiliche Anforderungen an Spielhallen festlegen.³⁰⁰ Der Landesgesetzgeber hat insoweit einen weiten regionalen Gestaltungsspielraum.³⁰¹ Nicht ausgeschlossen erschiene es auch, in der Regulierungsdichte zwischen Spielhallen, in denen gewerbliches Geld-Gewinnspiel stattfindet, und sonstigen Spielhallen zu unterscheiden.³⁰²

²⁹⁵ So der Einwand von *Dietlein*, ZfWG 2008, 1 (14 f.); hierzu *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 30 ff.

²⁹⁶ VG Berlin, Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn. 116.

²⁹⁷ *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, 2010, S. 15.

²⁹⁸ *Kluth* a.a.O. S. 60.

²⁹⁹ *Schneider*, Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform, 2009, S. 60; s. auch BayGH, U.v. 23.07.2013 – 10 N 213.48 – Rdn. 32 zur Maßgeblichkeit des § 33i GewO insoweit.

³⁰⁰ Ebenso *Schneider* a.a.O.

³⁰¹ *Schneider* a.a.O. S. 59.

³⁰² *Dietlein*, ZfWG 2008, 12 (17).

Die Kompetenzmaterie des Rechts der Spielhallen in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nach dem Regelungsbereich des § 33i GewO zu bestimmen, ist mithin auch nicht etwa deshalb unzulässig, weil dem Landesgesetzgeber dann keine substantiellen Regelungsbefugnisse übertragen wären – dass die Befugnisse des Landesgesetzgebers beschränkt sind, sich nicht auf den gesamten Lebensbereich des gewerblichen Gewinnspiels in Spielhallen erstrecken, ist notwendig dadurch bedingt, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber nur einen Teilausschnitt aus diesem Lebensbereich den Ländern übertragen wollte, weil nur insoweit eine örtliche Radizierung gesehen wurde, und damit die Intention der Verfassungsänderung betroffen war. Dass die Gestaltungsbefugnisse des Landesgesetzgebers damit begrenzt sein mögen, kann zu keiner Ausweitung der Kompetenznorm führen, die vom Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers, wie auch er in Wortlaut und Systematik der Verfassungsnorm zum Ausdruck kommt, nicht getragen wäre.

c) Recht der Wirtschaft und ordnungsrechtliche Konzeption – Wertungswidersprüche zwischen Bundesrecht und Landesrecht

Der Überblick über die durch die Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG initiierte Gesetzgebung der Länder ließ grundlegende Wertungswidersprüche zwischen Bundesrecht und Landesrecht erkennen. Wesentliche von den Ländern unter Berufung auf ihre Spielhallenkompetenz erlassene Regelungen enthalten Elemente einer ordnungsrechtlichen Konzeption für das gewerbliche Geld-Gewinnspiel.

S.o. I.3., II.2.b).

Demgegenüber beruht das Recht des Bundes für das gewerbliche Gewinnspiel und beruhen insbesondere auch bundesrechtliche Regelungen für Spielhallen auf dem Prinzip der Gewerbefreiheit.

aa) Gewerberechtliche Konzeption des Bundesrechts

Der Bundesgesetzgeber hat das gewerbliche Geld-Gewinnspiel, insbesondere auch die Aufstellung von Geldspielgeräten und – über die Bestimmung des § 33 i GewO – den Betrieb von Spielhallen im Rahmen der GewO geregelt und damit der grundsätzlichen Geltung der Gewerbefreiheit unterstellt. Er hat damit

anerkannt, dass es sich hierbei, also insbesondere beim gewerblichen Geld-Gewinnspiel, auch dann, wenn es in Spielhallen stattfindet, um erlaubte Tätigkeiten handelt.³⁰³ Der Bundesgesetzgeber hat diese Tätigkeiten nicht als „unerwünschte“ oder „sozial schädliche“ Tätigkeiten gewertet, wie dies der Fall ist bei den in §§ 284 ff. StGB genannten Glücksspielen. Er hat diese Tätigkeiten demgemäß auch nicht einem repressiven Verbot mit Befreiungsvorbehalt, sondern nur einem Erlaubnisvorbehalt unterstellt.³⁰⁴ Dem entspricht die kompetenzielle Zuordnung auch des Rechts der Spielhallen zum Recht der Wirtschaft gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber mit dessen Neufassung 2006 das Recht der Spielhallen, wie auch das der Gaststätten oder der Messen, ausdrücklich als Ausnahme von der allgemeinen Kompetenzzuweisung benannt hat, so ist damit implizit die Aussage verbunden, dass es sich auch hierbei um Recht der Wirtschaft handelt. Darin kommt gleichermaßen die Wertung des Gesetzgebers zum Ausdruck, das gewerbliche Geld-Gewinnspiel und das Aufstellen von Spielgeräten nicht als eine Tätigkeit zu bewerten, die generell sozial schädlich oder sozial unerwünscht ist. Dem Bundesrecht liegt also eine gewerberechtliche Konzeption sowohl für die Geräteaufstellung als auch für den Spielhallenbetrieb zugrunde.

bb) Landesrecht

Für das Recht der Spielhallen wird diese Konzeption durch Landesrecht deutlich abgeschwächt und faktisch weitgehend ausgehöhlt. Die Ordnungsprinzipien des Gewerberechts werden dann jedenfalls außer Kraft gesetzt, wenn, wie dargelegt, an Stelle des Erlaubnisvorbehalts ein generelles Verbot bzw. ein Verbot mit Befreiungsvorbehalt tritt. Dies ist dann der Fall, wenn allein wegen des Vorhandenseins weiterer – erlaubter Betriebe – die Erlaubnis zu versagen ist oder nur im Wege der Befreiung erteilt werden kann. Der Betrieb von Spielhallen wird damit in einer Weise eingeschränkt, dass neue Betreiber keine Chance auf Erteilung einer Spielhallenerlaubnis haben und Inhaber bestehender Erlaubnisse einem sukzessive eingreifenden Verbot mit Befreiungsvorbehalt oder generellen Verboten unterworfen werden. Hierin, wie auch in weiteren landesgesetzlichen Bestimmungen mit dem Ziel, das gewerbliche Geld-

³⁰³ Sodan/Kluckert, NVwZ 2013, 241 (244).

³⁰⁴ Vgl. für das Aufstellen von Spielgeräten a.a.O.

Gewinnspiel zurückzudrängen,³⁰⁵ kommt dessen generelle Bewertung als unerwünscht oder schädlich zum Ausdruck. Die restriktiven Bestimmungen über Spielhallen bzw. das Spiel in Spielhallen fügen sich in eine Vielzahl weiterer Bestrebungen auf Landesebene mit dem Ziel, das gewerbliche Gewinnspiel zurückzudrängen und erlangen auch hierdurch erhöhtes Gewicht.³⁰⁶

In ihrer grundlegenden Ausrichtung setzt sich die Kompetenzausübung durch die Länder damit in Widerspruch zu den Leitprinzipien des Bundesrechts, sowohl des in die Zuständigkeit der Länder übergeleiteten Rechts, also auch des in konkurrierender Zuständigkeit verbliebenen und vom Bund erschöpfend geregelten³⁰⁷ gewerblichen Gewinnspielrechts.³⁰⁸

cc) Wertungswidersprüche

Prinzipiell ist es dem Gesetzgeber allerdings nicht verwehrt, zum Schutz über-
 ragend wichtiger Gemeinschaftsgüter gegenüber dringenden Gefahren den
 Zugang zu bestimmten Formen gewerblicher Betätigung zu beschränken oder
 ihn zu versperren. Dies ist zunächst eine Frage des materiellen Verfassungs-
 rechts, insbesondere der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs.1 GG³⁰⁹ und wirft u.a.
 die Frage auf, inwieweit es jenseits von Gesichtspunkten des Jugendschutzes
 ein legitimes Ziel eines Eingriffsgesetzes sein kann, den Bürger vor sich selbst
 zu schützen. Ohne damit der materiell-grundrechtlichen Bewertung am Maß-
 stab des Art. 12 GG vorzugreifen,³¹⁰ begegnet eine dahingehende Neuausrich-
 tung der Kompetenzmaterie auch kompetenzrechtlichen Bedenken,³¹¹ wenn

³⁰⁵ Vgl. dazu *Hufen*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 26 ff.; *Sodan/Kluckert*, NVwZ 2013, 241 ff.; *Schneider*, GewArch 2013, 137 (138).

³⁰⁶ Vgl. *Hufen* a.a.O.

³⁰⁷ S. *Hufen* a.a.O. S. 26 ff.; *Pieroth/Lammers*, GewArch 2012, 1 (2).

³⁰⁸ Vgl. BVerfGE 102, 99 (114) zur Tragweite der Kompetenzsperre des Art. 72 Abs. 1 GG.

³⁰⁹ S. dazu im hiesigen Zusammenhang eingehend *Hufen*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 35 f

³¹⁰ Dazu *Hufen* a.a.O.

³¹¹ Vgl. für die Vergnügungssteuer *Hufen* a.a.O. S. 16 f.; *Sodan/Kluckert*, NVwZ 2013, 241 ff.

das Landesrecht sich hierdurch in einen prinzipiellen Widerspruch zum Bundesrecht setzt und dessen wesentlichen Zielsetzungen konterkariert.

Im Fall der Verlagerung einer Kompetenzmaterie in ihre ausschließliche Zuständigkeit können die Länder das für diese Materie vorgefundene Bundesrecht durch eigene Regelungen ersetzen, Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG. Wenn „Ersetzung“ die Neuregelung einer Materie bedeutet,³¹² so kann auch eine prinzipielle Neuausrichtung einer Kompetenzmaterie dem Landesgesetzgeber nicht von vornherein verwehrt sein.³¹³

Durch Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG werden den Ländern aber nur Teilausschnitte aus dem Gewerberecht zugewiesen. Deshalb hat die Wahrnehmung ihrer Ersetzungsbefugnis Rückwirkungen auf das in der Zuständigkeit des Bundes verbliebene Recht, wie der Fall des Spielhallenrechts zeigt. Eine restriktive Regulierung des Betriebs der Spielhallen, die dazu führt, dass für sie das Prinzip der Gewerbefreiheit faktisch ausgehöhlt wird, wirkt notwendig auf die Kompetenzmaterie des gewerblichen Geld-Gewinnspiels und hier vor allem der Geräteaufstellung zurück. Dies ist evident, wenn Landesrecht die Anzahl der Spielgeräte in Spielhallen beschränkt, wenn es die Art und Weise ihrer Aufstellung vorgibt. Der Landesgesetzgeber setzt sich dann in prinzipiellen Widerspruch zu den tragenden Wertungen des Bundesrechts, das auf der Anerkennung grundrechtlicher Gewerbefreiheit für das Gewerbe der Geräteaufstellung, sei es in Spielhallen, sei es anderweitig beruht. Wenn auch Bundes- wie Landesrecht gleichermaßen Zielsetzungen des Spieler- und Jugendschutzes verfolgen, so bedeutet dies doch unterschiedliche Schutzkonzepte. Auch hierin sind Widersprüche im Verhältnis bundes- wie landesrechtlicher Regelungen angelegt, zumal der Bundesgesetzgeber in diesem Bereich auch in Wahrnehmung seiner Kompetenz für den Jugendschutz tätig geworden ist,³¹⁴ wie auch auf der Grundlage seiner Kompetenz für das Bodenrecht.

³¹² *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 125a Rdn

³¹³ Vgl. *Uhle*, in: Maunz/Dürig, Art. 125a 2.(2006), Rdn. 30.

³¹⁴ *Schneider*, GewArch 2013, 137 (141); *Gutknecht/Roll*, in: Nikles u.a., Jugendschutzrecht, 3. Aufl. 2011, § 6 JuSchG Rdn. 5 ff.

d) Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung

aa) Widerspruchsfreiheit als rechtsstaatliches und bundesstaatliches Problem

Dies führt zur Frage nach der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als einem nicht nur verfassungspolitischen Desiderat, sondern verfassungsrechtlichen Postulat.³¹⁵ Unbeschadet der Frage eines allgemeinen Verfassungsprinzips der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung³¹⁶ sind jedenfalls im Bundesstaat des Grundgesetzes widersprüchliche Regelungskonzeptionen,³¹⁷ widersprüchliche Schutzkonzepte und Wertungswidersprüche im Verhältnis der Ebenen des Bundesrechts und des Landesrechts verfassungsrechtlich nicht irrelevant, bedürfen der Auflösung insbesondere dann, wenn sie aus der Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern resultieren und sich für Lebenssachverhalte ergeben, die den Kompetenzsphären von Bund und Ländern zugeordnet sind. Widersprüche innerhalb der Rechtsordnung berühren hier nicht nur das rechtsstaatliche Prinzip des Grundgesetzes unter Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.³¹⁸ Auch das bundesstaatliche Prinzip des Grundgesetzes wird tangiert, wenn die Wahrnehmung von Gesetzgebungskompetenzen durch einen der Beteiligten im Bundesstaatsverhältnis zu konzeptionellen Widersprüchen im Verhältnis zu Regelungen des jeweils anderen Beteiligten führt.³¹⁹ Die Kollisionsregel des Art. 31 GG vermag hierzu unmittelbar nichts beizutragen,³²⁰ da sie dann erst eingreift, wenn vorgehend kompetenzgerechtes Handeln des jeweiligen Norm-

³¹⁵ Vgl. zur Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung *Isensee*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht II, S. 719. (742 ff.); *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 29. Aufl. 2013, Rdn. 380 ff.; *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 168 ff., 189 ff., 235ff., 266 ff. et passim; *Haack*, Widersprüchliche Regelungskonzeptionen im Bundesstaat, 2002, S. 120 ff. *Frenz*, DÖV 1999, 41 ff. (43 ff.); *Sodan*, JZ 1999, 864 ff.; *Sodan/Kluckert*, NVwZ 2013, 241; restriktiv *Jarass*, AöR 126 (2001), 588 ff. (589 ff.); ff.; *Wieland*, in: Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht II, 2001, S. 771 ff. (785 f.); *Grzeszik*, Maunz/Dürig, GG, Art. 20 (2006) Rdn. 56 f.

³¹⁶ Kritisch insbesondere *Jarass* a.a.O.; *Wieland* a.a.O.

³¹⁷ S. hierzu grundlegend *Haack*, Widersprüchliche Regelungskonzeptionen im Bundesstaat, 2002.

³¹⁸ *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 29. Aufl. 2013, Rdn. 371 f.

³¹⁹ Vgl. *Sodan/Kluckert*, NVwZ 2013, 241.

³²⁰ So auch *Sodan/Kluckert* a.a.O.

gebers festgestellt wurde.³²¹ Auch wird von Art. 31 GG nur der unmittelbare Normwiderspruch in Gestalt unterschiedlicher Rechtsfolgen, widersprüchlicher Verhaltensanordnungen für identische Sachverhalte erfasst.³²² Eine generelle Verpflichtung zu wechselseitiger Rücksichtnahme bei der Wahrnehmung von Kompetenzen folgt aus dem Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens;³²³ sie bedarf jedoch weitergehender Konkretisierung.

bb) Lösungsansätze

In unterschiedlichen Fallkonstellationen wurden hierzu in der Rechtsprechung Grundsätze entwickelt, die aus unterschiedlichen Ansätzen heraus Widersprüche im Verhältnis der Normebenen im Bundesstaat aufzulösen suchen, hierbei den Landesgesetzgeber jedoch hindern, Zielsetzungen und Normkonzepte des Bundesrechts zu konterkarieren.

aaa) Die Vorranglösung: das Beispiel Abgabenkompetenz und Sachkompetenz

Am deutlichsten wird ein Gebot der Widerspruchsfreiheit im Bundesstaat zur Geltung gebracht für Widersprüche zwischen Abgabengesetzen und Sachregelung,³²⁴ hier in grundsätzlicher Weise für die kommunale Verpackungssteuer.³²⁵ Sie stand in ihrer Ausgestaltung als Lenkungssteuer zu bundesrechtlichen Vorgaben des Abfallrechts im Widerspruch; der Landesgesetzgeber hatte seine Steuergesetzgebungskompetenz aus Art.105 Abs.2a GG in einer Weise ausgeübt, dass ihre Lenkungswirkungen den rechtsverbindlichen Vorgaben des Bundesgesetzes widersprechen.

Der Steuergesetzgeber darf aber, so das BVerfG, keine Regelungen herbeiführen, die der vom zuständigen Sachgesetzgeber getroffenen Rege-

³²¹ Nur kompetenzgerecht erlassenes Recht führt zur Normenkollision, vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 29. Aufl. 2013, Rdn. 191 f.

³²² Dies bei echter Normenkollision, wenn an den gleichen Sachverhalt unterschiedliche Rechtsfolgen angeknüpft werden, vgl. *Pietzcker*, HStR VI, 3. Aufl. 2011, § 134 Rdn. 53ff.

³²³ S. *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 29. Aufl. 2013, Rdn. 494 ff.

³²⁴ Dazu eingehend *Sodan/Kluckert*, NVwZ 2013, 241 ff.

³²⁵ BVerfGE 98, 106 (131 ff.).

lung widersprechen, sei es, dass sie in direktem Widerspruch zu einzelnen Bestimmungen der Sachregelung stehen, sei es, dass sie deren Gesamtkonzept zuwiderlaufen.³²⁶ Demgegenüber sah das OVG Koblenz, anders als wiederum der Bayerische Verwaltungsgerichtshof, keinen Wertungswiderspruch zwischen der Begünstigung von Hotelübernachtungen im Umsatzsteuerrecht und der in Reaktion hierauf in manchen Gemeinden eingeführten „Bettensteuer“.³²⁷

Auch wenn das Gericht hier vor allem auf den Widerspruch zwischen Abgaben- und Sachregelung abstellt, legt es gleichwohl dem Landesgesetzgeber Beschränkungen im Hinblick auf die Wahrung der Zielsetzung der bundesgesetzlichen Regelung auf.

bbb) Die kompetenzrechtliche Lösung

Dies ist auch die Konsequenz aus einer Rechtsprechung zur Ausübung konkurrierender Zuständigkeiten im Bereich des Abfallrechts, und damit für einen Lebenssachverhalt, der in den Zuständigkeitsbereich von Bund und Ländern fiel. Hier konnte das Bundesverfassungsgericht, wie in der Kommentarliteratur angemerkt wurde,³²⁸ „entsprechende Ergebnisse für diese Konstellation“³²⁹ durch Auslegung der bundesstaatlichen Kompetenzregeln erzielen, ohne auf die Widerspruchsfreiheit oder gar Einheit der Rechtsordnung rekurrieren zu müssen“.³³⁰ Das Bundesverfassungsgericht gelangt hier zum Vorrang des Bundesrechts über eine weitreichende Bestimmung der Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG. Hiernach darf der Vollzug einer landesrechtlichen Bestimmung nicht dazu führen, „dass die bundesrechtliche Regelung nicht mehr oder nicht mehr vollständig oder nur noch verändert angewandt und so in ihrem Regelungsziel nur modifiziert verwirklicht werden kann“. Diese Aussage kann insofern nicht unmittelbar auf das Verhältnis von Bundes- und Landesrecht im Fall des Widerspruchs zwischen dem Recht des gewerblichen Gewinnspiels und

³²⁶ Kritisch *Kloepfer/Brücker*, DÖV 2001, 1.

³²⁷ OVG Koblenz, U.v. 17.05.2011 - 6 C 11337/10

³²⁸ *Grzeszik*, Maunz/Dürig, GG, Art. 20 (2006) Rdn. 56 f.

³²⁹ Also für konzeptionelle Widersprüche zwischen an sich kompetenzausfüllendem Bundes- und Landesrecht – Anm. des Verf.-

³³⁰ *Grzeszik*, Maunz/Dürig, GG, Art. 20 (2006) Rdn. 57 unter Verweis auf BVerfGE 102, 99 (114 ff.).

dem Spielhallenrecht übertragen werden, als sich hier eine konkurrierende, durch Bundesrecht ausgefüllte Gesetzgebungskompetenz und eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder gegenüberstehen. Wohl aber gilt dies für die prinzipielle Aussage der Entscheidung: das Erfordernis, die Kompetenzsphären der Beteiligten in der Weise abzugrenzen, dass die bundesgesetzliche Regelungskonzeption nicht durch Landesrecht entkräftet wird. Wenn es insbesondere den Ländern hiernach verwehrt ist, eine als unzureichend empfundene bundesrechtliche Gesetzeslage „nachzubessern“, so erscheint diese Aussage unmittelbar auf die Landesgesetzgebung zum Recht der Spielhallen zugeschnitten. Denn genau darum geht es den Ländern: das gewerbliche Geld-Gewinnspiel, wie es der Bundesgesetzgeber zu einem erlaubten Gewerbe erklärt, deutlich weitergehenden Restriktionen zu unterwerfen,³³¹ es weitgehend zu verbieten.

ccc) „eng verzahnte Materien“

Über die Auslegung und Anwendung der grundgesetzlichen Bestimmungen und Grundsätze über die Kompetenzverteilung im Bundesstaat gelangte das Bundesverfassungsgericht auch im Fall des bayerischen Schwangerenhilfe-Ergänzungsgesetzes³³² zum Vorrang der bundesgesetzlichen Regelung, als es den Landesgesetzgeber gehindert sah, durch eigene, in Wahrnehmung seiner Kompetenz für das ärztliche Berufsrecht getroffene Regelungen das bundesgesetzliche Schutzkonzept zu ergänzen. Die „Verzahnung unterschiedlicher Rechtsgebiete“ innerhalb eines einheitlichen Schutzkonzepts³³³ verlieh hier dem Bundesgesetzgeber die Befugnis, in an sich dem Landesgesetzgeber zugewiesene Bereiche auszugreifen. Die zugrundeliegende Fallkonstellation ist in einem wesentlichen Punkt vergleichbar gelagert mit der Konstellation im Verhältnis der Bundeskompetenz für das gewerbliche Gewinnspiel als Teilausschnitt aus dem Wirtschaftsrecht und der Länderkompetenz für das Recht der Spielhallen. Es geht um Abgrenzung sich in einem Lebenssachverhalt überlagernder, hierin eng verzahnter Kompetenzsphären im Verhältnis von Bund und Ländern, und es geht auch hier darum, ein bundesgesetzliches

³³¹ *Schneider*, GewArch 2013, 137 (138).

³³² BVerfGE 98, 265 (299 ff., 303 ff.).

³³³ BVerfGE 98, 265 (303).

Schutzkonzept gegenüber widersprüchlichen landesgesetzlichen Regelungen zu wahren.

ddd) Bilanz: Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als Verfassungsdirektive

Zusammenfassend kann festgehalten werden: unbeschadet der Frage eines Prinzips der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung als eines allgemeinen, rechtsstaatlich und bundesstaatlich abgeleiteten Verfassungsprinzips sind Widersprüche im Verhältnis eng verzahnter Kompetenzmaterien und innerhalb zusammenhängender Lebenssachverhalte zu vermeiden. Soweit nicht wie im Verhältnis von Sachkompetenz und Abgabenkompetenz ein genereller Vorrang angenommen werden kann, sind jedenfalls die Kompetenzmaterien so abzugrenzen, dass ein Übergreifen widersprüchlicher Konzeptionen ausgeschlossen wird. Der Landesgesetzgeber, der ein vom Bundesgesetzgeber kompetenzgerecht entwickeltes Schutzkonzept vorfindet, ist nicht dazu berufen, es nachzubessern, weil er es als verbesserungswürdig wertet.

e) Zusammenfassung zur Tragweite der Kompetenzmaterien

Für das Verhältnis des Rechts der Spielhallen zum Recht des gewerblichen Gewinnspiels bedeutet dies: Die Kompetenzmaterien bedürfen einer eindeutigen Abgrenzung, um eine kompetenzielle Zuordnung für die hier eng verzahnten Materien vornehmen zu können. Der Bundesgesetzgeber hat in Wahrnehmung seiner Wirtschaftskompetenz ein gewerberechtliches Konzept des gewerblichen Geld-Gewinnspiels entwickelt und sein Schutzkonzept des Spieler- und Jugendschutzes hierin eingebunden. Es ist schon deshalb nicht Sache des Landesgesetzgebers, diese Konzepte nachzubessern, und erst recht nicht, sie zu unterlaufen. Die Kompetenzsphären sind, wie dargelegt, so abzugrenzen, dass eben dies vermieden wird, konzeptionelle Widersprüche ausgeschlossen bleiben. Es ist davon auszugehen, dass der Lebenssachverhalt des gewerblichen Geld-Gewinnspiels bundesrechtlich in der GewO – mit ergänzenden Bestimmungen auch im JuSchG³³⁴ sowie im Bauplanungsrecht³³⁵ –

³³⁴ *Schneider*, GewArch 2013, 137 (141). S. dazu *Gutknecht/Roll*, in: Nikles u.a., Jugendschutzrecht, 3. Aufl. 2011, § 6 JuSchG Rdn. 5.

³³⁵ *Schneider*, GewArch 2013, 137 (142); s. auch *Guckelberger*, GewArch 2011, 177 ff., 231 ff.

abschließend geregelt wurde.³³⁶ Soweit dem Landesgesetzgeber mit dem Recht der Spielhallen ein Teilausschnitt zugeordnet wurde, ist dieser so abzugrenzen, dass hieraus, also in Wahrnehmung der hierfür den Ländern zugewiesenen Gesetzgebungskompetenz, keine konzeptionellen Widersprüche zum Bundesrecht erwachsen. Auch deshalb ist es unzulässig, den Ländern etwa im Wege des Sachzusammenhangs ein Ausgreifen in die beim Bund verbliebenen Materien zu gestatten oder aber Teilausschnitte hieraus dem Lebenskomplex der Spielhallen zuzuordnen und in die Spielhallenkompetenz der Länder zu verlagern.

Die Bestimmung der Kompetenznormen und die Zuordnung einzelner Bestimmungen zu den unterschiedlichen Kompetenzmaterien ist mithin in der Weise vorzunehmen, dass unter Ausschluss von Doppelzuständigkeiten von der gewerberechtlichen Systematik und ihrer Unterscheidung des Rechts der Geräteaufstellung und des Rechts der Spielhallen ausgegangen wird, dass hierbei die gewerberechtliche Konzeption des Gewinnspielrechts gewahrt bleibt und eine kompetenzrechtliche Gemengelage vermieden wird, dass schließlich die Zuordnung im Zweifelsfall nach dem örtlichen Regelungsbezug erfolgt, dies auch und gerade dann, wenn gesetzgeberische Zielsetzung der Spieler- und Jugendschutz ist.

Zum Jugendschutz vorstehend III.2.a) dd) sowie nachstehend IV.2.a) bb) ccc).

³³⁶ Vgl. VGH Mannheim ZfWG 2010, 24 Rdn. 45; auf eine abschließende Regelung wird auch in den Erläuterungen zum Entwurf des GlüStV 2008 hingewiesen, unter II.3.

IV. Aktuelle Gesetzgebung zum Recht der Spielhallen und des gewerblichen Gewinnspiels: Kompetenzprüfung

1. Kriterien kompetenzmäßiger Zuordnung

Im Ausgangspunkt ist damit für die kompetenzmäßige Zuordnung der vorstehend dargelegten gesetzgeberischen Maßnahmen

vorstehend II.2;

festzuhalten, wie dies etwa der VGH Mannheim zusammenfassend formuliert: Das Recht der Spielhallen umfasst nur die Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle, die (bisher) in § 33i GewO geregelt ist, nicht hingegen das Aufstellen, die Zulassung und den Betrieb von Spielgeräten, das in §§ 33c ff. GewO und der Spielverordnung normiert ist. Für Regelungen zum Aufstellen, zur Zulassung und zum Betrieb von Spielgeräten, wie sie die §§ 33c ff. GewO und die Spielverordnung enthalten und die allein im Hinblick auf die Art und Weise, wie mit dem Glücksspiel verbundene Gefahren eingedämmt werden, von Bedeutung sein können, fehlt den Ländern daher weiterhin die Gesetzgebungskompetenz.³³⁷ Soweit für eine gesetzliche Regelung eine Zuordnung sowohl zum Recht der Spielhallen als auch zu dem in konkurrierender Zuständigkeit verbliebenen Recht des gewerblichen Gewinnspiels in Betracht kommt, muss, da Doppelzuständigkeiten im Verhältnis von Bund und Ländern ausgeschlossen sind,³³⁸ eine eindeutige kompetenzmäßige Qualifikation vorgenommen werden, also die Feststellung getroffen werden, dass ein Gesetz unter einen bestimmten Kompetenztitel fällt.³³⁹

Die Zuordnung einer bestimmten Regelung zu einer Kompetenznorm geschieht anhand von unmittelbarem Regelungsgegenstand, Normzweck, Wirkung und Adressat der zuzuordnenden Norm sowie der Verfassungstradition.³⁴⁰ Bei einer normativ geprägten Kompetenznorm setzt eine Zuordnung voraus, dass die Strukturen der Kompetenzmaterie dem Gesetz zugrunde lie-

³³⁷ VGH Mannheim ZfWG 2010, 24 Rdn. 45.

³³⁸ Vgl. *Heintzen* BK, Art. 70 (2003) Rdn. 139; *Degenhart*, in: *Sachs*, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 72 Rdn. 7; BVerfGE 67, 299 (321); 106, 62 (114).

³³⁹ BVerfGE 61, 149 (175); BVerfGE 121, 30 (47); *Heintzen* BK, Art. 70 (2003) Rdn. 132ff.; *Degenhart*, in: *Sachs*, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 70 Rdn. 57.

³⁴⁰ Zusammenfassend BVerfGE 121, 30 (47 f.); vgl. *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 29. Aufl. 2013 Rdn. 177 ff.

gen (mögen sie auch fortentwickelt werden). Hier erfolgt die Zuordnung eines Gesetzes durch dessen inhaltliche Subsumtion unter die Kompetenznorm. Die historische Entwicklung ist hierbei maßgeblich zu berücksichtigen.³⁴¹

Maßgeblich ist im Übrigen der Gesetzeszweck. Wie die Zielsetzung des verfassungsändernden Gesetzgebers, die Kompetenzmaterien nach ihrem regionalen Bezug, ihrer regionalen „Radizierung“ abzugrenzen,³⁴² die maßgebliche Leitlinie für deren Abgrenzung bezeichnet, gilt dies auch für deren kompetenzielle Zuordnung. Geht es darum, die von Spielgeräten generell ausgehenden Anreizwirkungen zu begrenzen, so ist die Norm dem Recht der Geräteaufstellung zuzuordnen. Die Zielsetzung des Spieler- und Jugendschutzes als solche ist regelmäßig für die Zuordnung deshalb nicht ausschlaggebend, weil diese Zielsetzungen dem gesamten Recht des gewerblichen Spiels, damit auch den §§ 33c ff. GewO gleichermaßen zugrundeliegen.³⁴³

2. Erlaubnisvoraussetzungen

Da die Erlaubnispflichtigkeit von Spielhallen, wie sie bereits nach § 33i GewO bestand, als solche im Rahmen des Rechts der Spielhallen kompetenzgerecht festgeschrieben werden kann,³⁴⁴ kommt für die Festsetzung von Erlaubnisvoraussetzungen grundsätzlich die Kompetenz für das Recht der Spielhallen nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in Betracht, wie ja auch § 33i GewO in Abs. 2 Versagensgründe benennt und in Abs. 1 Satz 2 als schonendere Alternative die Erteilung der Erlaubnis unter Auflagen vorsieht.

³⁴¹ Vgl. BVerfGE 36, 193 (206); 42, 20 (30); 48, 367 (373); 61, 149 (175); 67, 299 (315); 85, 134 (144); BVerfGE 121, 30 (47f.).

³⁴² Vgl. zur Entstehungsgeschichte *Schneider*, GewArch 2009, 265 (269).

³⁴³ Vgl. *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Aufl. 2011, vor § 33c Rdn. 11; *Gutknecht/Roll*, in: Nikles u.a., Jugendschutzrecht, 3. Aufl. 2011, § 6 JuSchG Rdn. 5.

³⁴⁴ Vgl. nur *Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen, 2010, S. 86 f.

a) Mindestabstände zwischen Spielhallen und zu anderen Einrichtungen, Verbundverbot

aa) kein Recht der Spielhallen nach § 33i GewO

Abstandsregelungen, wie sie nach § 25 GlüÄndStV und den dazu ergangenen landesgesetzlichen Bestimmungen vorgesehen sind,³⁴⁵ sind, wie dargelegt,

vorstehend III.2.a) bb);

dem Recht der Spielhallen nach § 33i GewO, wie es der verfassungsändernde Gesetzgeber vorgefunden hat, fremd. Die Versagensgründe des § 33i GewO sind die des klassischen Gewerberechts; es handelt sich bei der Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO um den Fall einer sachgebundenen Personalerlaubnis oder gemischten Konzession,³⁴⁶ also einer Erlaubnis, die sowohl an die Person des Gewerbetreibenden als auch an die Beschaffenheit der Gewerberäume anknüpft. Erstere Voraussetzungen betreffen das herkömmliche Zuverlässigkeitskriterium, § 33i Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 33c Abs. 2 und § 33d Abs. 3 GewO. Zu den sachgebundenen, betriebsbezogenen Voraussetzungen zählen insbesondere Beschaffenheit und Lage der Räume, die den polizeilichen Anforderungen genügen müssen, § 33i Abs. 2 Nr. 2 GewO. Den polizeilichen Anforderungen wird dann nicht genügt, wenn konkrete Anhaltspunkte für polizeirechtlich relevante Gefahren gegeben sind.³⁴⁷ Damit sind etwa Gefahren bau- oder feuerpolizeilicher Art gemeint.³⁴⁸ Es muss sich um konkret aus der Beschaffenheit und Lage des jeweiligen Betriebs ergebende Gefahren handeln³⁴⁹ – demgegenüber sind die Anforderungen der Abstandsregelungen in § 25 GlüÄndStV und den landesrechtlichen Bestimmungen zu dessen Umsetzung nicht auf konkrete Merkmale der Beschaffenheit und der Lage des jeweiligen Betriebs abgestellt, sondern abstrakt gefasst dahingehend, dass bereits das Vorhandensein anderer Betriebe die Erlaubnis ausschließt. Die betriebsbezo-

³⁴⁵ So zB in § 2 Abs. 1 Satz 2 – 4 SpielhG Bln; Übbl. bei *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 15 (45 f.).

³⁴⁶ Vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008 S. 232.

³⁴⁷ *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Aufl. 2011, § 33i Rdn. 59.

³⁴⁸ Vgl. *Ennuschat* a.a.O.

³⁴⁹ Vgl. auch für die ebenfalls als sachgebundene Personalerlaubnis ausgestaltete Gaststättenkonzession BVerwGE 49, 154.

gene gewerberechtliche Erlaubnis ist aber stets auf die Betriebsräume selbst bezogen.

So durfte zB eine Spielhallenerlaubnis nicht deshalb nach § 33i Abs. 2 Nr. 2 GewO versagt werden, weil sie in einem „kriminalitätsgeneigten Umfeld“ betrieben werden sollte, ohne dass Polizeirechtswidrigkeit der Betriebsstätte selbst gegeben war.³⁵⁰ nicht die Umgebung, sondern der Betrieb und die dafür vorgesehenen Räume sind hier Gegenstand der Prüfung.

Über die Erlaubnisfähigkeit entscheiden räumliche Kriterien, also die räumlichen Gegebenheiten der konkret in Frage stehenden Betriebsstätte,³⁵¹ dass es hierauf ankommt, dies entspricht einer gefestigten Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts.³⁵²

Diese Aussage des Bundesverwaltungsgericht ist entgegen der Auffassung des VG Freiburg in einem Urteil vom 30.07.2013 - 5 K 2495/12 –³⁵³ auch nicht deshalb unbeachtlich, weil sie sich auf die damalige Fassung des § 33i Abs. 2 Nr. 3 GewO bezogen hätte, VG Freiburg a.a.O. Rdn. 23 bei juris: die damalige unterscheidet sich nicht von der heutigen Fassung des § 33i GewO, und wenn VG Freiburg a.a.O. dazu ausführt, der Landesgesetzgeber habe nunmehr mit dem Verbundverbot des § 42 LGLüG eine Vorschrift geschaffen, die die Berücksichtigung benachbarter Spielhallen zulasse, so ist dies ein Zirkelschluss: dies beantwortet nicht die Frage, ob der Landesgesetzgeber entsprechende Anforderungen aufstellen durfte.

Auch eine unmittelbar benachbarte Betriebsstätte darf in die Beurteilung der Erlaubnisvoraussetzungen des § 33i Abs. 2 GewO nur dann einbezogen werden, wenn die Betriebsstätten optisch eine Einheit bilden, wenn nicht „bei natürlicher Betrachtungsweise die Sonderung der einzelnen Betriebsstätte optisch in Erscheinung tritt“.³⁵⁴ Umso weniger dürfen, ohne dass es hierfür auf

³⁵⁰ BVerwG GewArch 2003, 165 = NVwZ 2003, 602.

³⁵¹ BVerwGE 70, 180 = NVwZ 1985, 269 = GewArch 1985, 62

³⁵² S. insbesondere die Entscheidungen vom 09.10.1984: 1 C 21.83 = BVerwGE 70, 180 = NVwZ 1985, 269 = GewArch 1985, 62; 1 C 11.83 = GewArch 1985, 64 = NVwZ 1985, 268, wonach benachbarte Spielhallen außer Betracht zu bleiben haben; 1 C 47.82 = GewArch 1985, 65 zur Voraussetzung der Polizeirechtswidrigkeit einer Spielhalle nach § 33i GewO.

³⁵³ Dort zum Ur. v. 09.10.1984 - 1 C 11.83 - NVwZ 1985, 268.

³⁵⁴ BVerwGE 70, 180 Rdn. 18 bei juris.

die Frage eines räumlichen oder betrieblichen Spielhallenbegriffs ankäme,³⁵⁵ entferntere, in keinerlei räumlichem oder optischem Zusammenhang stehende Betriebsstätten einbezogen werden, wie dies die Abstandsregelungen des GlüÄndStV und der hierzu ergangenen landesgesetzlichen Bestimmungen vorsehen. Dass im Rahmen des § 33i GewO auf die konkret in Frage stehende Spielhalle abzustellen ist und benachbarte Spielhallen nicht einbezogen werden dürfen, dies gilt für den Versagungsgrund der Polizeiwidrigkeit nach Abs. 2 Nr. 2 ebenso wie für den der übermäßigen Ausnutzung des Spieltriebs nach Nr. 3.³⁵⁶

Demgegenüber wertet das VG Berlin die Abstandsregelungen und das Verbot von Spielhallen im baulichen Verbund in § 2 Abs.1 Satz 2 – 4 SpielhG Bln als Konkretisierung des Versagungsgrunds der übermäßigen Ausnutzung des Spieltriebs nach § 33i Abs. 2 Nr. 3 GewO.³⁵⁷ Es sieht des weiteren in den Abstandsregelungen des Spielhallengesetzes des Landes – die ähnlich in den anderen Bundesländern bestehen – auch eine auf die Lage der Spielhalle abstellende Anforderung und damit auch den Versagensgrund des § 33i Abs. 2 Nr. 2 GewO als erfüllt.³⁵⁸ Dem allerdings ist entgegen zu halten, dass die Abstandsregelungen die Zielsetzung verfolgen, einer übermäßigen Ausnutzung des Spieltriebs entgegen zu wirken, und dies im Rahmen der Versagensgründe des § 33i Abs. 2 GewO von dessen Nr. 3 erfasst wird, Nr. 2 demgegenüber schon dem Wortlaut nach auf Gefahren i.S.d. polizeilichen Gefahrbegriffs abstellt.³⁵⁹ Der Versagensgrund des § 33i Abs. 2 Nr. 2 GewO kann also nicht herangezogen werden, will man die spielhallenbezogenen Abstandsregelungen des Landesrechts in Einklang bringen mit dem Regelungsgehalt des § 33i GewO.

³⁵⁵ S. dazu BVerwG a.a.O.

³⁵⁶ S. dazu BVerwG GewArch 1985, 64 = NVwZ 1985, 268; ebenso BVerwG NVwZ 1990, 1075.

³⁵⁷ VG Berlin, Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 Rdn. 116.

³⁵⁸ VG Berlin, Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn.117.

³⁵⁹ OVG Münster GewArch 1987, 159; BVerwG GewArch 1985, 64; GewArch 1989, 138; *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 33 i Rdn. 59, dort auch zu der Frage, ob abstrakte Gefährdungen ausreichen oder eine konkrete Gefahr im polizeilichen Sinn zu fordern ist – letzteres fordert BVerwG NVwZ-RR 1993, 547 = GewArch 1993, 323; ebenso BVerwG NVwZ-RR 1996, 20.

bb) Kompetenzielle Zuordnung der Abstandsregelungen und des Verbundverbots

aaa) Recht der Geräteaufstellung

Wenn nun der Gesetzgeber Erlaubnisvoraussetzungen für Spielhallen abstrakt dahingehend festsetzt, dass allein das Vorhandensein weiterer Spielhallen auch in größerer Entfernung von mehreren hundert Metern die Erlaubnis zwingend hindert, so geht es nicht mehr um Lage³⁶⁰ und Beschaffenheit der Spielhalle wie nach § 33i GewO. Das Vorhandensein weiterer Spielhallen an einem Ort ist kein Lagemerkmale des Betriebs. Es geht bei den Abstandsregelungen nicht vorrangig darum, den betriebsbedingten Gefährdungen zu begegnen. Vielmehr geht es vor allem darum, das gewerbliche Geld-Gewinnspiel generell einzugrenzen. Sieht man die Abstandsregelungen in ihrem Zusammenwirken mit dem Verbot der Mehrfachkonzession und der Begrenzung der Geldspielgeräte pro Spielhalle, so wird deutlich, dass hierdurch eine Begrenzung der Anzahl der Spielmöglichkeiten angestrebt und ein umfassendes Eindämmungskonzept verfolgt wird. Denn den Spielmöglichkeiten und deren Häufung werden jene Gefährdungen zugeschrieben, denen die Gesetzgebung im Interesse des Spieler- und Jugendschutzes zu begegnen sucht.

Wenn also der Gesetzgeber durch abstrakte, nicht an die konkrete Beschaffenheit und Lage der einzelnen Spielhalle, deren Erlaubnis in Frage steht, anknüpfende Bestimmungen den Spielerschutz verwirklichen will, so regelt er das Recht des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, nicht aber das Recht der Spielhallen. Der Gesetzgeber verfolgt hierdurch ein abstrakt-generelles Eindämmungskonzept, für das dem Land die Gesetzgebungskompetenz fehlt.³⁶¹ Dies bedeutet: auch dann, wenn man – entgegen der ganz überwiegend und auch hier vertretenen Auffassung – die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen über den Sachbereich des § 33i GewO hinaus ausdehnen wollte, müssten gleichwohl landesgesetzliche Normierungen, die auf ein umfassendes Eindämmungskonzept hinauslaufen, dem Recht des gewerblichen Gewinnspiels und damit dem allgemeinen Kompetenztitel für das Recht der Wirtschaft zugeordnet werden. Mag auch die Zuordnung nach dem unmit-

³⁶⁰ So aber VG Berlin, Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn. 117.

³⁶¹ Vgl. auch *Sodan/Kluckert*, NVwZ 2013, 241 (244) für die Vergnügungssteuer.

telbaren Regelungsgegenstand³⁶² noch zu keinem eindeutigen Ergebnis führen, so spricht doch der Normzweck als weiteres, maßgebliches Zuordnungskriterium³⁶³ gegen die Zuordnung zum Recht der Spielhallen. Denn es geht nicht um die Berücksichtigung örtlicher Gegebenheiten, sondern um eine generelle Eindämmung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels; ein derartiges Eindämmungskonzept aber lieferte, wie sich zeigte, der ratio des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nach der Föderalismusreform evident zuwider. Dies gilt auch für das Zuordnungskriterium der Wirkung der Norm. Während das Kriterium des Normadressaten in der Aussage wiederum nicht eindeutig ist, spricht das Kriterium der Verfassungstradition und das der Staatspraxis³⁶⁴ wiederum entschieden für die Zuordnung zum Recht der Geräteaufstellung in Abgrenzung zum Spielhallenrecht, zumal die Rechtsentwicklung deutlich machte, dass Regelungen abstrakt-genereller Art zur Abwehr abstrakter Gefahren stets im Recht der Geräteaufstellung geregelt wurden. Dafür spricht auch der Schwerpunkt der Regelung.

Die kompetenzielle Zuordnung zum Recht der Wirtschaft und nicht eine Zuordnung zum Recht der Spielhallen wird zudem den verfassungsrechtlichen Bindungen gerecht, denen der Gesetzgeber in Wahrnehmung seiner Ersetzungsbefugnis nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG unterliegt. Die Abgrenzung zwischen dem Recht der Geräteaufstellung und dem Recht der Spielhallen wurde in der Entwicklung des gewerblichen Spielrechts, wie dargelegt, stets in der Weise vorgenommen, dass abstrakt-generelle Regelungen zur - insbesondere auch örtlichen³⁶⁵ - Beschränkung der Geräteaufstellung, wie sie aufgrund von § 33f Abs. 1 GewO zur Durchführung von § 33c GewO erlassen wurden und weiterhin erlassen werden können, ersterem zugeordnet wurden. Eben darum geht es auch bei den Abstandsregelungen: um abstrakt-generelle Anforderungen an das Gewinnspiel, und nicht um konkrete Anforderungen an die jeweilige Spielstätte. Auch verhält sich der Gesetzgeber der Länder hier wertungswidersprüchlich im Verhältnis zur Konzeption des Bundesrechts. Ob dieser konzeptionelle Widerspruch per se verfassungswidrig ist, braucht hier nicht

³⁶² Vgl. BVerfGE 121, 30 (47).

³⁶³ BVerfG a.a.O.

³⁶⁴ Zur Bedeutung als Zuordnungskriterium s. BVerfG a.a.O.

³⁶⁵ BVerwG, Urt. v. 28.5.1963, Buchholz 451.20, § 33f Nr. 1.

entschieden werden; er bestätigt jedenfalls, dass der Landesgesetzgeber hier seine Kompetenzsphäre verlässt.

Für das Verbundverbot des § 25 Abs. 2 GlüÄndStV ist die Frage der Gesetzgebungskompetenz vergleichbar gelagert, wie im Fall der Abstandsregelungen. Ebenso wie dort geht es darum, dass Spielgelegenheiten, also Spielgeräte, so aufgestellt werden, dass sie bestimmte Abstände zueinander einhalten. Das Verbundverbot bewirkt daher die Ergänzung und Verschärfung des Abstandsgebots. Auch das Verbundverbot widerspricht dem Grundsatz, dass für die rechtliche Beurteilung eines Gewerbebetriebs auf dessen Gegebenheiten abzustellen ist.

Für das Verbot, Spielhallen innerhalb eines bestimmten Abstandsradius zu Einrichtungen für Kinder und Jugendliche zu betreiben, wie zB nach § 42 Abs. 3 LGlüG BW oder nach § 2 Abs. 1 Satz 4 SpielhG Bln

vgl. § 2 Abs. 1 Satz 4 SpielhG Bln: Einrichtungen, „die ihrer Art nach oder tatsächlich vorwiegend von Kindern oder Jugendlichen aufgesucht werden“;

erwies sich als von entscheidender Bedeutung, inwieweit die Landeszuständigkeit für das Recht der Spielhallen auf den Regelungsgehalt und die Systematik des 33i GewO begrenzt ist, inwieweit insbesondere auch der Landesgesetzgeber die Entscheidung des Bundesgesetzgebers für Gewerbefreiheit im Gewinnspiel dadurch unterlaufen kann, dass er das Recht der Spielhallen, und damit auch des Spiels an Geldspielgeräten, soweit es in Spielhallen stattfindet, in das ordnungsrechtliche Regime des Glücksspielrechts überleitet.

bbb) Bodenrecht, Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG

Spielhallen sind Vergnügungsstätten i.S. der BauNVO.³⁶⁶ Ihre Zulässigkeit unter bodenrechtlichen Gesichtspunkten war zunächst in der BauNVO abschließend geregelt.³⁶⁷ Durch das Gesetz zur Stärkung der Innenentwicklung in den Städten vom 11. Juni 2013 (BGBl. I S. 1548) wurde den Gemeinden die Befugnis eingeräumt, in einem Bebauungsplan die Zulässigkeit von Vergnügungsstätten, auch von bestimmten Vergnügungsstätten, zu beschränken.

³⁶⁶ Vgl. *Stüer*, Der Bebauungsplan, 2000, Rdn. 188.

³⁶⁷ Vgl. *Stüer* a.a.O.

§ 9 Abs. 2b i.d.F. d. G. vom 11.06.2013 lautet:

„Für im Zusammenhang bebaute Ortsteile (§ 34) kann in einem Bebauungsplan, auch für Teile des räumlichen Geltungsbereichs des Bebauungsplans, festgesetzt werden, dass Vergnügungsstätten oder bestimmte Arten von Vergnügungsstätten zulässig oder nicht zulässig sind oder nur ausnahmsweise zugelassen werden können, um

1. eine Beeinträchtigung von Wohnnutzungen oder anderen schutzbedürftigen Anlagen wie Kirchen, Schulen und Kindertagesstätten oder
2. eine Beeinträchtigung der sich aus der vorhandenen Nutzung ergebenden städtebaulichen Funktion des Gebiets, insbesondere durch eine städtebaulich nachteilige Häufung von Vergnügungsstätten, zu verhindern.“

Eben dies ist auch Gegenstand der Abstandsregelungen des GlüÄndStV und der dazu ergangenen Landesgesetze. Sie bewirken eine räumliche Verteilung der Spielhallenstandorte im Gebiet einer Gemeinde³⁶⁸, die auch die Frage nach einer Zuordnung zum Bodenrecht des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG aufwirft,³⁶⁹ unabhängig von der Einbeziehung in das Glücksspielrecht der Länder.

Sie sind hiernach zulässig als kerngebietstypische Vergnügungsstätten in Kerngebieten gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 BauNVO sowie ausnahmsweise in Gewerbegebieten nach § 8 Abs. 3 Nr. 3 BauNVO. Um eine kerngebietstypische Vergnügungsstätte³⁷⁰ handelt es sich, wenn sie nach ihrer Größe und Zweckbestimmung nur in Kerngebieten allgemein zulässig sind, vgl. § 4a Abs. 3 Nr. 2 BauNVO. Wohngebietstypische Vergnügungsstätten, also Spielhallen, sind zulässig in besonderen Wohngebieten nach § 4a Abs. 3 Nr. 2 BauNVO sowie in Mischgebieten gemäß § 6 Abs. 2 Nr. 8 BauNVO in den gewerblich geprägten Bereichen, ausnahmsweise nach § 8 Abs. 3 in den übrigen Bereichen.

Durch die Abstandsregelungen des § 25 GlüÄndStV und der Ausführungsgesetze der Länder wird die Zulässigkeit von Spielhallen in den hierfür nach BauNVO in Betracht kommenden Baugebieten an sich nicht berührt, doch können dann, wenn eine Spielhalle zugelassen worden ist, weitere Spielhallen

³⁶⁸ S. auch BayVerfGH, E.v. 28.06.2013 – Vf- 10-VII-12 u.a., Rn. 81 bei juris: „Beschränkung der räumlichen Verteilung von Spielhallen“.

³⁶⁹ *Schlotterbeck*, VBI BW 2012, 321 (324).

³⁷⁰ S. *Stüer* a.a.O. Rdn. 193; zuletzt HessVGH, Beschluss vom 18. September 2013 – 3 A 496/13.Z – juris.

innerhalb der jeweils gesetzlich festgelegten Abstände nicht mehr zugelassen werden. Dass sie keine Spielhallenerlaubnis erhalten können, bedeutet, dass der Erteilung einer Baugenehmigung für die Errichtung der Spielhalle bzw. für eine dahingehende Nutzungsänderung öffentlich-rechtliche Vorschriften entgegenstehen, die nicht notwendig im Baugenehmigungsverfahren zu prüfen sind,³⁷¹ die aber für den Antragsteller das Rechtsschutzinteresse für eine Klage auf Erteilung der Baugenehmigung in Frage stellen können.³⁷²

Die Abstandsregelungen bewirken also, dass Errichtung und Betrieb von Spielhallen als bauliche Nutzung der Grundstücke im Geltungsbereich eines Bebauungsplans oder auch innerhalb eines faktischen Baugebiets entsprechend § 34 Abs. 2 BauGB innerhalb des Mindestabstandsradius um eine Spielhalle zwingend ausgeschlossen werden. Sie beschränken die bauliche Nutzbarkeit der Grundstücke in den von ihnen erfassten Bereichen. Dies aber ist Gegenstand des Bodenrechts i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG.³⁷³ Nach ihrem Regelungsgegenstand und ihrer Wirkung³⁷⁴ können die Regelungen über Mindestabstände zwischen Spielhallen oder von Spielhallen zu anderen Einrichtungen dem Recht der Bodennutzung zugeordnet werden. Dies gilt auch für die von der Verbotswirkung der Abstandsregelungen betroffenen Normadressaten, die Eigentümer oder Nutzungsberechtigten der betroffenen Grundstücke, die unmittelbar an einer bestimmten Bodennutzung gehindert werden. Auch wenn es dem Gesetzgeber hierbei darum geht, das Geld-Gewinnspiel einzudämmen, erfolgt doch eine Steuerung der Bodennutzung im öffentlichen Interesse; dies ist maßgebliche Leitlinie für das Recht der Bodennutzung entsprechend der Kompetenznorm des Art. 74 Abs. 18 GG.³⁷⁵ Evident ist dies für § 9 Abs. 2a Nr. 1 BauGB, wenn es dort um nachteilige Auswirkungen auf Einrichtungen wie die beispielhaft genannten Schulen und Kindertagesstätten geht. Eben darum geht es auch in jenen landesgesetzlichen Bestimmungen, die Mindestabstände zu derartigen Einrichtungen vorsehen.

³⁷¹ *Schlotterbeck*, VBI BW 2012, 321 (323, 325).

³⁷² So BayVGH BayVBI 2013, 118; ebenso VG Würzburg ZfWG 2013, 142; s. dazu *Schlotterbeck* a.a.O.

³⁷³ *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 74 Rdn. 73.

³⁷⁴ S. hierzu besonders *Schlotterbeck*, VBI BW 2012, 321 (325).

³⁷⁵ *Degenhart* a.a.O.

ccc) Kompetenzrechtliche Qualifikation – Art. 74 Abs. 1 Nr. 7, 11 und 18 GG

Dies bedeutet für die kompetenzrechtliche Qualifikation: Nach der Zielsetzung der Norm als einem der maßgeblichen Kriterien der kompetenzrechtlichen Qualifikation ist die Einordnung als Bodenrecht nicht ausgeschlossen. Die Zielsetzung, die Anzahl der Spielhallen innerhalb eines Gebiets zu beschränken und nur wenige Standorte hierfür vorzusehen³⁷⁶, kommt als Zielsetzung auch bodenrechtlicher Bestimmungen in Betracht. Dass die Abstandsregelungen mit der Bekämpfung der Spielsucht motiviert sind,³⁷⁷ steht dem nicht entgegen. Denn aus eben dieser Motivationslage entspringt die unmittelbare Zielsetzung der Begrenzung der Anzahl der Spielstätten mit Mitteln, die dem Bodenrecht entlehnt sind. Daneben kommt für Bestimmungen über Mindestabstände zu Schulen und anderen Einrichtungen für Jugendliche eine kompetenzielle Zuordnung zur konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit für die öffentliche Fürsorge nach Art. 74 Abs. Nr. 7 GG in Betracht, die jedenfalls den Jugendschutz umfasst.³⁷⁸ Den unmittelbar spielhallenbezogenen Jugendschutz hat der Gesetzgeber abstrakt-generalisierend in § 6 JuSchG geregelt, insoweit gestützt auf die Kompetenznorm des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG.

S.o. III.2.a) dd).

Dem sind auch abstrakt-generalisierende Bestimmungen über Spielstättenverbote aus Gründen des Jugendschutzes zuzuordnen.

ddd) Kompetenzsperre

Im Ergebnis kommt es auf die Zuordnung zum Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 11 GG, zum Recht der Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG oder zum Bodenrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG nicht entscheidend an. Denn während Doppelzuständigkeiten von Bund und Ländern ausgeschlossen sind, ist es demgegenüber nicht ausgeschlossen, bundesgesetzliche Regelungen auf unterschiedliche Kompetenztitel zu stützen.³⁷⁹ Unabhängig davon aber gilt

³⁷⁶ S. auch BayVerfGH, E.v. 28.06.2013 – Vf- 10-VII-12 u.a., Rn. 81 bei juris: „Beschränkung der räumlichen Verteilung von Spielhallen“.

³⁷⁷ VG Berlin, U.v. 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn. 118.

³⁷⁸ Vgl. BVerfGE 31, 113 (117); Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 74 Rdn. 18.

³⁷⁹ Degenhart, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 72 Rdn. 7.

für die Länder die Kompetenzsperre des Art. 72 Abs. 1 GG. Der Bund hat von seiner Gesetzgebungskompetenz für das Bodenrecht ebenso erschöpfenden Gebrauch gemacht,³⁸⁰ wie von seiner Zuständigkeit für das gewerbliche Spielrecht und hier für das Recht der Geräteaufstellung. Die Länder sind daher nach Art. 72 Abs. 1 GG von der Gesetzgebung ausgeschlossen,³⁸¹ auch soweit Abstandsregelungen und vergleichbare Beschränkungen im Bundesrecht nicht enthalten sind. Sie sind beschränkt auf das Recht der Spielhallen; dazu zählen Anforderungen an deren konkrete Situation im Hinblick auf die polizeilichen Anforderungen des § 33i Abs. 2 Nr. 2 GewO, nicht aber deren räumliche Verteilung im Gebiet einer Gemeinde. Dies ist Gegenstand des Bodenrechts, nunmehr der Bestimmung des § 9 Abs. 2b BauGB und der BauNVO. Der Landesgesetzgeber ist auch deshalb von eigenen Regelungen ausgeschlossen.

cc) Ergebnis: Kompetenzwidrigkeit der Abstandsregelungen und des Verbundverbots

Im Ergebnis ist festzuhalten: Abstandsgebote und Verbundverbote des Glü-ÄndStV und der hierzu ergangenen Landesgesetze sind kompetenzwidrig – ob der Landesgesetzgeber dabei „in krasser und offensichtlicher Weise die Kompetenzordnung des Grundgesetzes missachtet“, worauf der Bayerische Verfassungsgerichtshof seine Prüfung beschränkt,³⁸² mag dahinstehen. Sie sind, soweit die Abgrenzung vom Recht der Spielhallen zu dem des gewerblichen Geld-Gewinnspiels und der Geräteaufstellung als Recht der Wirtschaft in Frage steht, letzterem zuzuordnen. Dass der Bundesgesetzgeber Regelungen für die räumliche Verteilung von Spielhallen bereits auf der Grundlage der konkurrierenden Zuständigkeit für das Bodenrecht erlassen hat, dieses aber erschöpfend bundesgesetzlich geregelt ist, bestätigt die Kompetenzwidrigkeit. Die landesgesetzlichen Regelungen stehen im Widerspruch zur gewerberechtl. auf dem Grundsatz der Gewerbefreiheit beruhenden Konzept des Rechts des Gewinnspiels auf Bundesebene. Auch hieraus bestätigt sich ihre Kompetenzwidrigkeit.

³⁸⁰ Schlotterbeck, VBI BW 2012, 321 (325).

³⁸¹ Sodan/Kluckert, NVwZ 2013, 241 (244).

³⁸² BayVerfGH, E.v. 28.06.2013 – Vf- 10-VII-12 u.a., Rdn. 82 bei juris.

b) Anforderungen an die Gestaltung, insbesondere Aufstellung und Anzahl der Geräte, Ersetzung von § 3 SpielV

aa) Recht der Geräteaufstellung und Spielhallenrecht – Abgrenzung der Kompetenzbereiche und SpielV

Auch für landesrechtliche Vorgaben für die Geräteaufstellung und insbesondere die zulässige Anzahl von Spielgeräten in Spielhallen erwies sich die Bestimmung der Kompetenznorm des Art. 74 Abs.1 Nr.11 GG nach Maßgabe der einfachgesetzlichen Bestimmung des § 33i GewO als die entscheidende kompetenzrechtliche Fragestellung. Dies betrifft insbesondere die Frage der Ersetzbarkeit dahingehender Bestimmungen der SpielV durch Landesrecht. Dürfte der Landesgesetzgeber die bundesgesetzliche Regelung ersetzen, zu deren Durchführung die Verordnung ergangen ist, so erstreckte sich die Ersetzungsbefugnis auch auf die Verordnung selbst.³⁸³

S.o. II.2.c) aa).

Dies ist jedoch nicht der Fall. Sowohl die Bestimmung der Kompetenzmaterie des Rechts der Spielhallen als vor allem auch deren Abgrenzung zum in konkurrierender Zuständigkeit verbliebenen Recht der Geräteaufstellung richtet sich nach der bereits vom verfassungsändernden Gesetzgeber vorgefundenen normativen Differenzierung. Denn ausschließlich ersteres sollte in die Zuständigkeit der Länder übergehen. Wie viele Geldspielgeräte an einem Aufstellungsort aufgestellt werden dürfen, dies ist Gegenstand der SpielV des Bundes.

Diese ist hierin zur Durchführung des Rechts der Geräteaufstellung in § 33c und d GewO ergangen, nicht aber zur Durchführung des § 33i GewO. Wäre letzteres der Fall, dann könnte es sich um Recht der Spielhallen handeln. Doch erst seit der Änderung des § 33f GewO durch Gesetz vom 23. November 1994³⁸⁴ dient die Verordnungsermächtigung auch der Durchführung des § 33i GewO.³⁸⁵ Die Bestimmung über die sowohl in Relation zur Grundfläche ge-

³⁸³ Vgl. *Uhle* und *Degenhart* a.a.O.

³⁸⁴ BGBl. I S. 3475.

³⁸⁵ S. VG Berlin, Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn. 127.

setzte als auch absolute Höchstzahl der Geldspielgeräte in Spielhallen oder ähnlichen Unternehmen war bereits in der SpielV in der Fassung vom 11.12.1985 in der jetzigen Form enthalten³⁸⁶, mit dem lediglich graduellen Unterschied, dass nunmehr maximal 12 und nicht 10 Geldspielgeräte in einer Spielhalle zulässig sind.³⁸⁷ Dass also der Ordnungsgeber nach der Änderung des § 33f Abs. 1 GewO durch das Gesetz vom 23. November 1994 auch Regelungen zur Durchführung des § 33i GewO erlassen kann, bedeutet nicht, dass die Bestimmung des § 3 Abs. 2 SpielV zu dessen Durchführung erlassen worden wäre.³⁸⁸ Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hierzu bleibt deshalb unverändert aussagekräftig und maßgeblich.³⁸⁹ Die Bestimmungen der SpielV, soweit sie hier in Frage stehen, also insbesondere auch die des § 3 SpielV, dienen der Konkretisierung der §§ 33 c, d und e GewO.³⁹⁰ Da diese von der Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Spielhallenwesen nicht erfasst sind, können diese auch keine Regelungen zur Ersetzung der sie durchführenden Bestimmungen der SpielV erlassen.

Umgekehrt kann der Bund weiterhin im Verordnungswege zur Durchführung der §§ 33 c, d und e GewO tätig werden, das Spiel an Spielgeräten u.a. auf bestimmte Aufstellungsorte beschränken (vgl. § 33c Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 33f Abs. 1 Nr. 1 GewO) und die Aufstellung betriebsbezogen auch zahlenmäßig begrenzen. Er kann weiterhin den Zugang zum Spiel aus Gründen des Spieler- und Jugendschutzes beschränken, wie sich aus der durch Gesetz vom 05.12.2012 (BGBl. I S. 2415) in die GewO aufgenommene Verordnungsermächtigung des § 33f Abs. 1 Nr. 3 Buchst. h neu zur Einführung der Spielerkarte ergibt. Lediglich Vorschriften zur Durchführung des § 33i GewO sind ihm verwehrt.³⁹¹

Dass es sich bei den Anforderungen über die Aufstellung der Geldspielgeräte und insbesondere über deren Höchstzahl an einem Aufstellungsort um Recht

³⁸⁶ Und in ähnlicher Form erstmals in § 10 Abs. 1 S. 2 der Dritten Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Durchführung von § 33d GewO vom 12.12.1955, BGBl. I S. 751.

³⁸⁷ Dies verkennt VG Berlin a.a.O.

³⁸⁸ So aber VG Berlin a.a.O.

³⁸⁹ BVerwGE 70, 180.

³⁹⁰ Schönleitner, GewArch 2006, 371 (373).

³⁹¹ Weidemann/Krappel, NVwZ 2013, 673 (678).

der Geräteaufstellung und nicht um Spielhallenrecht entsprechend der Länderkompetenz handelt, folgt also bereits aus der normativen Prägung der Kompetenzmaterien. Diese Abgrenzung entspricht auch der mit der Neufassung des Kompetenztitels im Zuge der Föderalismusreform verfolgten Zielsetzung, örtlich und regional radizierte Materien den Ländern zuzuweisen, sie im Rahmen des Rechts der Spielhallen wie auch der weiteren Materien des Rechts der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG aber auch hierauf zu beschränken. Die Anzahl der an einem Aufstellungsort in zulässiger Weise aufzustellenden Geldspielgeräte ist nicht in diesem Sinn örtlich radiziert, ist vielmehr eine Frage der generellen Tragweite der Aufstellerlaubnis und will die Anreizwirkungen zu übermäßigem Geld-Gewinnspiel begrenzen, die sich aus einer Häufung von Geräten an einem Aufstellort ergeben.

bb) Ersetzung von § 3 Abs. 2 SpielV durch Landesrecht ? – kompetenzmäßige Zuordnung

Begrenzungen, wie sie § 3 SpielV in Abs. 1 und 2 vorsieht, verfolgen also generelle Zielsetzungen des Spieler- und Jugendschutzes, differenzieren demgemäß auch nicht nach dem konkreten Standort, sondern nach der Art des jeweiligen Etablissements, in dem sie aufgestellt werden, insbesondere Gaststätten, Abs. 1, und Spielhallen, Abs. 2. Es handelt sich also um Geräteaufstellrecht, um Recht zur Aufstellung von Geldspielgeräten und damit um Vorschriften, die der Bundesgesetzgeber weiterhin, gestützt auf seine Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft, erlassen könnte, und für die demgemäß keine Ersetzungsbefugnis nach Art. 125 Abs. 1 Satz 2 GG in Betracht kommt. Auch ein Tätigwerden des Landesgesetzgebers entsprechend Art. 72 Abs. 1 GG kommt nicht in Betracht. Dabei kann dahinstehen, ob und unter welchen Voraussetzungen bereits die in einem Bundesgesetz enthaltene Verordnungsermächtigung die Gesetzgebung der Länder sperrt.³⁹² Denn die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG tritt dann jedenfalls ein, wenn von der bundesgesetzlichen Verordnungsermächtigung Gebrauch gemacht wurde.³⁹³ Dies ist bei der SpielV, insbesondere bei deren § 3, der Fall.

³⁹² Vgl. *Ossenbühl*, DVBl 1996, 19 (20 f.); *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 72 Rdn. 26

³⁹³ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 72 Rdn. 12.

Landesgesetzliche Bestimmungen, die auf eine Ersetzung des § 3 Abs. 2 SpielV abzielen, sind deshalb kompetenzwidrig. Sie können nicht dem Recht der Spielhallen i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zugeordnet werden, auch wenn sie nur für Spielhallen Geltung beanspruchen, Spielhallenbetreiber als Adressaten genannt sind. Denn sie richten sich auch und vorrangig an Spielgeräteaufsteller und beschränken die bundesgesetzlich vorgegebenen Wirkungen der Aufstellerlaubnis.³⁹⁴ Unmittelbarer Gegenstand dahingehender Bestimmungen als vorrangiges Zuordnungskriterium³⁹⁵ ist zudem die Art und Weise der Geräteaufstellung und nicht Einrichtung und Ausgestaltung oder die Lage der Spielhallen. Diese Gesichtspunkte stehen einer Zuordnung zum Recht der Spielhallen ebenso entgegen, wie die Entwicklung des Rechtsgebiets und insbesondere die Zielsetzung des Spieler- und Jugendschutzes gegenüber Spielanreizen durch das gewerbliche Geldspiel an Spielgeräten. Eine dahingehende Zuordnung ist auch nicht im Wege des Sachzusammenhangs oder einer Annexkompetenz möglich.

Vorstehend III.2.b).

Dies betrifft u.a. Bestimmungen über die Art und Weise der Aufstellung von Spielgeräten, wenn nach § 4 Abs. 2. Satz 2 SpielhG Bln Geräte „einzeln in einem Abstand von mindestens einem Meter aufzustellen“ sind oder Sichtblenden vorgeschrieben werden; der Landesgesetzgeber ist nicht befugt, derartige Bestimmungen der SpielV zu ersetzen.³⁹⁶ Sie sind Bundesrecht, das der Bundesgesetzgeber jederzeit neu erlassen könnte.

cc) Ersetzung von § 3 Abs. 3 SpielV ?

Dem Recht der Geräteaufstellung zuzuordnen sind auch die Bestimmungen, die die Anzahl zulässigerweise aufzustellender Geldspielgeräte im Zusammenhang mit der Abgabe von Speisen und Getränken in Spielhallen beschränken, wie dies der Fall ist bei § 3 Abs. 3 SpielV. Auch diese Bestimmung erging zur Durchführung des § 33 c und des § 33g GewO, nicht zur Durchführung des § 33i GewO.

³⁹⁴ Hierzu s. *Hahn*, GewArch 2007, 89 (90 f.).

³⁹⁵ Vgl. BVerfGE 121, 30 (47 f.); *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 70 Rdn. 57 f.

³⁹⁶ So aber VG Berlin, U.v. 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn. 131.

S.o. II.2.c) aa).

Die kompetenzrechtliche Fragestellung ist hier parallel gelagert. Dahingehende Anforderungen sind nicht Bestandteil des Rechts der Spielhallen, wie es in § 33i GewO enthalten ist, sie sind Recht der Geräteaufstellung. Denn auch hier erfolgt eine generelle normative Bestimmung der Reichweite und des Inhalts der Aufstellerlaubnis, auch insoweit handelt es sich nicht um örtlich radierte Bestimmungen. Es geht vor allem darum, die Spielanreize durch Geldspielgeräte zu begrenzen, und auch darum, eine Umgehung der für Gaststätten geltenden Beschränkungen zu verhindern.³⁹⁷ Weder nach ihrem Gegenstand, noch nach dem Schutzzweck der Norm können daher landesrechtliche Bestimmungen über die Ausgabe von Speisen und Getränken im räumlichen Zusammenhang mit Geldspielgeräten, sei es in Spielhallen, sei es an anderen Aufstellorten, dem Recht der Spielhallen zugeordnet werden. Unzulässig wäre es, wie dargelegt, sie im Wege der Annexkompetenz bzw. des Sachzusammenhangs der Kompetenz für das Recht der Spielhallen zuzuweisen.

S. o. III.2.b): Maßgeblichkeit der Hauptmaterie.

dd) Ergebnis: keine Ersetzung der SpielV

Zusammenfassend kann festgehalten werden: der Landesgesetzgeber ist nicht befugt, Bestimmungen der SpielV zu „ersetzen“. Die Ersetzungsbefugnis nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG besteht schon deshalb nicht, weil der Bund weiterhin für den dort geregelten Sachbereich zuständig ist und neues Recht erlassen kann. Doch auch unabhängig von der Frage der kompetenzmäßigen Zuordnung geht die Ersetzungsbefugnis der Länder nicht dahin, einzelne Vorschriften des Bundesrechts zu ändern, sie punktuell zu ergänzen³⁹⁸ und so die vorgefundene bundesgesetzliche Regulierung zu intensivieren.

S.o. II.1.b) bb).

Es entstünde hier eine Gemengelage von Bundesrecht und Landesrecht, die die Länder in Wahrnehmung ihrer Ersetzungskompetenz zu vermeiden haben. Eben darauf läuft die Gesetzgebung für das SpielhG Bln hinaus, wenn dort in einzelnen Bestimmungen die Vorgaben der SpielV verschärft werden sollen. Selbst wenn also der Landesgesetzgeber hier auf eine Ersetzungsbefugnis

³⁹⁷ Vgl. dazu BVerwG NVwZ 1989, 51.

³⁹⁸ So auch *Dietlein*, ZfWG 2008, 12 (16).

nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG zurückgreifen könnte – was tatsächlich nicht der Fall ist –, wären deren Grenzen hier überschritten.

c) Zusätzliche Erlaubnisvoraussetzungen und Anforderungen an den Betrieb: Sachkundenachweis und Sozialkonzept

aa) Landesgesetzliche Anforderungen im Rahmen der Ersetzungsbefugnis des Art. 125a Abs. 1 GG ?

Die Gesetzgebung der Länder normiert weitere Anforderungen an die Spielhallenbetriebe in Gestalt von Sachkundenachweisen wie zB nach § 2 Abs. 3 Nr. 4 SpielhG Bln und vom Betreiber vorzulegenden Sozialkonzepten.³⁹⁹ Gefordert werden insbesondere Kenntnisse über die Prävention von Spielsucht und den Umgang mit betroffenen Personen.

S. dazu o. II.2.c) aa).

Derartige normative Anforderungen gehen über die Anforderungen des § 33i GewO an Betreiber von Spielhallen deutlich hinaus. Subjektive Versagungsgründe sind dort über den Verweis in Abs. 2 Nr. 1 auf § 33c Abs. 2 und § 33d Abs. 3 GewO ausschließlich in Gestalt der herkömmlichen gewerberechtlichen Zuverlässigkeitserfordernisse normiert.⁴⁰⁰ Dies entspricht der gewerberechtlichen Konzeption des Gewinnspielrechts im Recht des Bundes. Landesrechtliche Regelungen, die entsprechende Nachweispflichten vorsehen, verlassen damit den durch das Spielhallenrecht des § 33i GewO vorgegebenen Rahmen. Anders jedoch als bei den generalisierenden und von den örtlichen Gegebenheiten der konkret in Frage stehenden Spielhalle abstrahierenden Bestimmungen über die Anzahl der aufzustellenden Geräte und die Mindestabstände zwischen Spielhallen erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, die bisher auf die gewerberechtliche Zuverlässigkeit beschränkten Anforderungen an den Spielhallenbetreiber um sachliche Qualifikationskriterien zu erweitern, wie etwa den Nachweis der Unterrichtung in Fragen des Spieler- und Jugendschutzes, entsprechend der Ausgestaltung der Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO als einer sachgebundenen Personalerlaubnis oder gemischten Konzesses-

³⁹⁹ Vgl. zB § 2 Abs. 3 Nr. 4 SpielhG Bln.

⁴⁰⁰ S. *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, Gewerbeordnung, 8. Aufl. 2011, § 33i GewO Rdn. 57 f.

sion.⁴⁰¹ Die Länder sind im Anwendungsbereich des § 125a Abs. 1 Satz 2 GG nicht gehindert, das vorgefundene Recht fortzuentwickeln.⁴⁰²

Doch dürfen dahingehende Regelungen nicht in den Kompetenzbereich des Bundes übergreifen, die Wahrnehmung der Ersetzungsbefugnis durch die Länder darf zu keiner Gemengelage bundes- und landesrechtlicher Bestimmungen führen.

Dazu s.o. II.1.b).

Für das Recht der Spielhallen hat die Wahrnehmung der Ersetzungsbefugnis nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG zu beachten, dass mit der Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG keine in sich geschlossene Kompetenzmaterie auf die Länder übertragen wurde, sondern ein mit der in konkurrierender Zuständigkeit verbleibenden Materie vielfach verschränkter Teilausschnitt aus dem Recht des gewerblichen Spiels, der des Spielhallenbetriebs nach Maßgabe des örtlichen Regelungsbezugs, der örtlichen Radizierung. Soweit Jugendschutz in Frage steht, ist die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für den Jugendschutz, von der der Bund in Bezug auf Spielhallen durch § 6 JuSchG Gebrauch gemacht hat, unverändert geblieben.

bb) Bundesrecht: zur Novelle der GewO

Zu beachten ist also die Abgrenzung zum Recht der Geräteaufstellung, das vom Bund abschließend und mit Sperrwirkung für die Länder geregelt ist. Der Bundesgesetzgeber hat seinerseits, wie dargelegt, mit der Neufassung des § 33c durch die Novelle zur GewO 2012 mit Gesetz vom 05. Dezember 2012 in gleicher Weise Anforderungen an die Sachkunde und an die Bereithaltung von Sozialkonzepten aufgestellt, wie sie landesgesetzliche Bestimmungen unter Inanspruchnahme der Landeskompetenz für das Recht der Spielhallen vorsehen. So hat der Geräteaufsteller seine Unterrichtung im Spieler- und Jugendschutz nachzuweisen, § 33c Abs. 2 Nr. 2 GewO neu, und er muss nach Nr. 3 über ein Sozialkonzept einer öffentlich anerkannten Institution verfügen. Er darf des weiteren nach Abs. 3 Satz 4 nur Personen mit der Aufstellung beschäftigten, die ihrerseits über entsprechende Kenntnisse verfügen. Die Novel-

⁴⁰¹ Vgl. *Schliesky*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2008 S. 232.

⁴⁰² Vgl. zu den Optionen für den Landesgesetzgeber *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 12. Aufl. 2012, Art. 125a Rdn. 9.

le zur GewO wurde mit Erfordernissen des Spieler- und Jugendschutzes begründet. So wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt, dass „eine große Zahl der Betreiber von Spielhallen Maßnahmen zum Spielerschutz nicht benennen können“.⁴⁰³ Der Unterrichtsnachweis sei ein geeignetes Mittel, um diese Mängel zu beheben. Die Regelung erreiche neben den Aufstellern auch eine Vielzahl der Betreiber von Spielstätten, „die in der Regel auch über eine Aufstellerlaubnis nach § 33c Absatz 1 GewO verfügen.“⁴⁰⁴ Weniger einschränkende Maßnahmen seien nicht ersichtlich. Ebenso diene die Voraussetzung eines Sozialkonzepts der Bekämpfung der Spielsucht.⁴⁰⁵ Weiter wird in der Gesetzesbegründung ausgeführt:

„Das Konzept ist auf das gesamte Unternehmen des Aufstellers bezogen, d. h. es umfasst den Gewerbetreibenden und seine Angestellten. Bestandteile eines derartigen Konzepts sind u. a. Regelungen über die Schulung des Personals, Hinweise auf Beratungsangebote sowie die Schaffung von Möglichkeiten für Spieler, ihre Gefährdung einzuschätzen. Durch die Einbeziehung auch des Personals in das Konzept ist gewährleistet, dass nicht nur der Aufstellunternehmer, sondern auch seine vor Ort tätigen Mitarbeiter in Suchtfragen geschult sind und z. B. gefährdete Spieler erkennen und entsprechend reagieren können. Die Verfügbarkeit von entsprechendem Informationsmaterial mit Hinweisen auf Beratungsangebote für suchtgefährdete Spieler ist ebenfalls Bestandteil des Konzepts.“⁴⁰⁶

cc) Abgrenzung der Kompetenzsphären

Der Bundesgesetzgeber sieht also den Spieler- und Jugendschutz, auch „vor Ort“, als eine von der Gesetzgebung über die Geräteaufstellung zu lösende Aufgabe, wie auch, dies ist ergänzend anzumerken, aus der Ermächtigung zur Regelung der Spielerkarte in § 33f Abs. 1 Nr. 3 Buchst. h) deutlich wird. Dabei aber geht es durchweg um Gefahren, die den gewerblichen Geld-Gewinnspielgeräten, also den Spielgeräten zugeschrieben werden. Hierauf sind Erfordernisse eines Unterrichtsnachweises und der Vorlage von Sozialkonzepten zugeschnitten. Damit hat der Bundesgesetzgeber ein umfassen-

⁴⁰³ BT-Drucks. 17/10961, S. 11.

⁴⁰⁴ BT-Drucks. 17/10961, S. 11.

⁴⁰⁵ BT-Drucks. 17/10961, S. 12.

⁴⁰⁶ BT-Drucks. 17/10961, S. 12.

des Schutzkonzept für Spieler- und Jugendschutz gegenüber Anreizen zu übermäßigem Geldgewinnspiel und unkontrolliertem Spielverhalten entwickelt. Er war hierfür zuständig im Rahmen seiner Gesetzgebungskompetenz für das Recht des gewerblichen Gewinnspiels;⁴⁰⁷ insofern lag es am Bund, für diesen „Lebensbereich“ ein derartiges Schutzkonzept zu entwickeln, das sich notwendig auch auf das Gewinnspiel in Spielhallen bezieht.

S.o. II.1.b) cc).

Dahingehende Regelungen sind, was etwa den Spieler- und Jugendschutz durch Unterrichtungserfordernisse und Sozialkonzept betrifft, im Schwerpunkt dem Recht der Geräteaufstellung zuzuordnen. Umgekehrt sind den Ländern parallele Schutzkonzepte verwehrt, die zu einer verfassungsrechtlich nicht hinnehmbaren Gemengelage von Bundes- und Landesrecht führen müssten. Aus diesen Gründen sind die Bestimmungen über Sachkundenachweise und Sozialkonzept dem Recht der Geräteaufstellung zuzuordnen. Hiervon aber hat der Bund erschöpfend Gebrauch gemacht. Insbesondere dort, wo es um generalisierende Anforderungen an den Jugendschutz geht, hat der Bundesgesetzgeber einerseits Jugendschutz in Bezug auf Spielhallen durch das generelle Aufenthaltsverbot des § 6 JuSchG geregelt, andererseits unabhängig von Spielhallen im Recht der Geräteaufstellung der §§ 33c und d GewO. Der Bundesgesetzgeber hat mit der Novelle zur GewO von seiner auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und ergänzend auf Nr. 7 gestützten Befugnis Gebrauch gemacht, auch weiterhin Bestimmungen zum Jugendschutz wie generell zum Spielerschutz Gebrauch zu erlassen, soweit es um generelle Anforderungen an die Geräteaufstellung geht.

S.o. III.2.a) dd).

d) Äußere Gestaltung der Spielhallen, Werbebeschränkungen

aa) Verbot der Spielwerbung durch Außengestaltung der Spielhallen als Kompetenzverstoß

Wenn nach § 26 Abs. 1 GlüÄndStV von der äußeren Gestaltung der Spielhalle keine Werbung für den Spielbetrieb und insbesondere die in der Spielhalle angebotenen Spiele ausgehen darf, so drängt sich hierfür eine Zuordnung zum

⁴⁰⁷ Offengelassen bei VG Berlin, Urteil vom 01.03.2013 – 4 K 336.12 – Rdn. 139.

materiellen Spielrecht und nicht zum Recht der Spielhallen auf. Denn nicht etwa jede Werbung für Spielhallen ist hiernach unzulässig,⁴⁰⁸ unzulässig sind nur werbende Effekte für die dort angebotenen Spiele, also insbesondere auch das Spiel an Spielgeräten. Es geht also wiederum darum, das Gewinnspiel zu beschränken, indem dem Gewerbetreibenden untersagt wird, für seinen - erlaubten und im Gegensatz zum Glücksspiel im engeren Sinn auch nicht generell „unerwünschten“ –, sich als Ausübung der Gewerbefreiheit darstellenden Betrieb zu werben. Hierzu wird im aktuellen Kommentar zum Glücksspielrecht von *Dietlein/Hecker/Ruthig* ausgeführt:

„Verboten ist nur die Werbung, die den Spielbetrieb oder die unmittelbar in der Spielhalle angebotenen Spiele zum Gegenstand hat. Der Begriff des Spielbetriebs ist dabei in engem Zusammenhang mit der Begrifflichkeit der angebotenen Spiele zu sehen. Umfasst ist nur die Werbung für den Betrieb in Gestalt des Glücksspielangebots. Denn das Glücksspiel bildet letztlich den Gegenstand des Spielbetriebs in einer Spielhalle und prägt diesen wesentlich“.⁴⁰⁹

Deutlicher kann man es nicht zum Ausdruck bringen: es geht in der Sache darum, das „Glücksspiel“ – worunter in diesem Zusammenhang auch und sogar in erster Linie das Gewinnspiel an Spielgeräten zu verstehen ist – in den Spielhallen zu beschränken und deshalb werbende Hinweise darauf zu untersagen. Auch wenn unmittelbarer Adressat des Verbots der Spielhallenbetreiber ist, so geht es doch inhaltlich darum, dass das Spiel an den in der Spielhalle aufgestellten Spielgeräten nicht beworben werden darf. Werbung aber stellt sich als Annex zur Ausübung eines Gewerbes dar. Mithin ist auch die Regulierung der Werbung als Annex zur rechtlichen Regulierung des Gewerbes zu sehen.

Ebenso, wie nach seinem Gegenstand, ist das Verbot der Werbung für die in der Spielhalle angebotenen Spiele auch nach seiner Zielsetzung dem Recht des gewerblichen Geld-Gewinnspiels zuzuordnen. Es kann nicht auf die Gesetzgebungskompetenz der Länder für das Recht der Spielhallen gestützt werden. Vielmehr sind Vorgaben für die Werbung für ein bundesgesetzlich reguliertes Gewerbe gleichermaßen Sache des Bundesgesetzgebers. Die lan-

⁴⁰⁸ Vgl. *Hecker*, in: *Dietlein/Hecker/Ruttig*, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 26 GlüStV Rdn. 4.

⁴⁰⁹ *Hecker* a.a.O.

desgesetzliche Regelung kann sich damit kompetenzmäßig nicht auf die Ersetzungsbefugnis nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG stützen. Die Konzeptionswidrigkeit der Regelung, ihr wertungsmäßiger Widerspruch zur gewerberechlichen Konzeption des Spielrechts bestätigt deren Kompetenzwidrigkeit.

Vgl. vorstehend III.3.d) zur Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung

bb) Verbot der Werbung im Fernsehen und im Internet

Dass es die in den Spielhallen angebotenen Spiele sind, die deren Gepräge bestimmen, diese Feststellung zum Werbeverbot des § 26 GlüÄndStV⁴¹⁰ trifft verstärkt noch für das Verbot der Werbung für Glücksspiele im Fernsehen und im Internet zu, wie es in § 5 Abs. 3 Satz 1 GlüÄndStV enthalten ist, mit der Ausnahme des Satz 2 u.a. für Werbung in Lotterien, die, ungeachtet des „Kanalisationauftrags“ des Satz 2 i.V.m. § 1 Nr. 2 GlüÄndStV,⁴¹¹ nach wie vor Zweifel an der Kohärenz des staatsvertraglichen Glücksspielrechts und der Absenz fiskalischer Motive nicht restlos zu beseitigen vermag.

Unbeschadet der Frage der materiellen Verfassungskonformität umfassender Werbeverbote für ein erlaubtes Gewerbe begegnet das Werbeverbot des § 5 Abs. 3 GlüÄndStV, soweit es sich auf das Geldgewinnspiel in Spielhallen bezieht, auch verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz der Länder. § 5 Abs. 3 GlüÄndStV gilt ausweislich des § 2 Abs. 3 GlüÄndStV auch für Spielhallen, soweit sie Geld- oder Warenspielgeräte mit Gewinnmöglichkeit bereithalten. Es sind diese Spielgeräte, die das Erscheinungsbild der Spielhalle bestimmen.⁴¹² § 5 Abs. 3 GlüÄndStV richtet sich über § 2 Abs. 3 GlüÄndStV also maßgeblich wiederum gegen die Werbung für das Spiel an Geldspielgeräten selbst, zumal dieses nach der Konzeption des GlüÄndStV als „Glücksspiel“ aufgefasst,⁴¹³ und damit auch unmittelbar von den Werbebeschränkungen des § 5 Abs. 3 GlüÄndStV erfasst wird.

⁴¹⁰ *Schmitt*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 26lStV Rdn. 5.

⁴¹¹ *Hecker/Ruttig*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 5 GlüStV Rdn. 39.

⁴¹² *Schmitt*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 26 GlüStV Rdn. 4.

⁴¹³ Amtl. Begründung zu § 2 und zu §§ 24-26, LT-Drucks. BW 15/1570.

Diese Werbebeschränkungen sind schon deshalb nicht Recht der Spielhallen, weil sie sich primär nicht an die Betreiber von Spielhallen richten, für die das Fernsehen als Werbemedium ohnehin schwerlich in Betracht kommen dürfte, sondern unmittelbar das Spiel selbst zum Gegenstand haben, und damit an dessen Betreiber, also die Geräteaufsteller. Sie gelten auch unabhängig vom konkreten Ort der Aufstellung. Es fehlt an einem örtlichen Regelungsbezug. Die Werbebeschränkungen bzw. –verbote sind bereits nach ihrem sachlichen Regelungsgehalt und nach ihren Adressaten, um die nächstliegenden Zuordnungskriterien heranzuziehen, nicht Recht der Spielhallen. Sie sind zudem nach ihrer Zielsetzung ohne örtlichen Regelungsbezug und wiederum generell auf die Eindämmung des Glücksspiels ausgerichtet. Nach den maßgeblichen Kriterien für die Zuordnung der gesetzlichen Regelung zu den hier in Betracht kommenden Kompetenzmaterien und deren Abgrenzung muss daher eine Zuordnung zum Recht der Spielhallen ausscheiden. Werbebeschränkungen für ein bestimmtes Gewerbe stehen zudem in unmittelbarem sachlichem Zusammenhang mit dem Recht des jeweiligen Gewerbes. Soweit also die Verbote des § 5 Abs. 3 GlüÄndStV nicht die seit jeher im Zuständigkeitsbereich der Länder befindlichen Glücksspiele wie Lotterien oder Spielbanken betreffen, sind sie auch deshalb der Kompetenzmaterie des gewerblichen Spielrechts zuzuordnen.

Ergänzend darf angemerkt werden, dass die Werbeverbote, soweit sie das Fernsehen betreffen, auch nicht auf die Gesetzgebungskompetenz der Länder für den Rundfunk gestützt werden können. Auch dies ergibt sich aus den allgemeinen Kriterien für die Zuordnung einer gesetzlichen Regelung zu einer bestimmten Kompetenzmaterie.⁴¹⁴ Adressaten der Werbebeschränkungen sind die jeweiligen Veranstalter von Glücksspielen und nicht etwa die Rundfunkveranstalter. Der Gesetzgeber verfolgt keine rundfunkspezifischen Zielsetzungen, sondern allein das Ziel der Verhinderung übermäßiger Anreize zum Glücksspiel, eine Zielsetzung, die auch nach der Entwicklung der Kompetenzmaterien Gegenstand des Glücksspielrechts ist, hier ihren Schwerpunkt hat.⁴¹⁵ Für Werbung im Internet käme ohnehin nur die ausschließliche Bundeszuständigkeit nach Art. 73 Abs. 1 Nr. 7 GG in Betracht, doch ist hier gleichermaßen die Zuordnung zum Recht des gewerblichen Gewinnspiels vorzunehmen.

⁴¹⁴ Vgl. insbesondere für das Rundfunkrecht BVerfGE 121, 30 (47 f.).

⁴¹⁵ Vgl. zu diesem Kriterium kompetenzmäßiger Zuordnung BVerfGE 98. 265 (303 ff.); *Degenhart*, Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 29. Aufl. 2013, Rdn. 180 sowie in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2013, Rdn. 43.

Im Ergebnis erweisen sich also die Werbebeschränkungen des § 5 Abs. 3 GlüÄndStV, soweit sie sich gegen das gewerbliche Geld-Gewinnspiel richten, sei es unmittelbar, sei es über eine Einbeziehung der Spielhallen, die durch eben dieses Gewinnspiel ihre maßgebliche Prägung erfahren, als kompetenzwidrig.

e) Sperrdateien

aa) Wirkungen

Mit Selbstsperrungen als Instrument des Spielerschutzes wird ein Element der ordnungsrechtlichen Konzeption des Glücksspielrechts im engeren Sinn⁴¹⁶ in das Recht des gewerblichen Spiels in Spielhallen implementiert.

S.o. II.2.g) aa).

Soweit es darum geht, dass ein Spieler sich vom Betreiber einer Spielhalle für eben diese Spielhalle sperren lässt, mag ein örtlicher Regelungsbezug in Betracht gezogen werden, wenngleich es auch hier nicht die Spielhallen sind, von der die maßgeblichen Gefährdungen ausgehen, sondern die Spielgeräte.

Weitergehende Sperrwirkungen sind mit dem Eintrag in eine zentrale Sperrdatei verbunden. Wenn, wie in Baden-Württemberg nach § 43 Abs. 1 Satz 2 und 2 LGlüG BW, ein Abgleich mit der zentralen Sperrdatei verpflichtend ist, so kann dies dazu führen, dass ein Spieler, der sich in einem Bundesland für Spielbanken hat sperren lassen oder gesperrt wurde, in einem anderen Bundesland auch für alle dort betriebenen Spielhallen gesperrt ist.

S. zu dieser Wirkung des Eintrags in eine zentrale Sperrdatei o. III.2.g) bb); mit der Errichtung und Unterhaltung eines übergreifenden Sperrsystems „zum Schutz der Spieler und zur Bekämpfung der Glücksspielsucht“⁴¹⁷ wurde gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 des GlüÄndStV das Land Hessen beauftragt. Am 01.07.2013 ist das Spielersperrsystem OASIS (Onlineabfrage Spieler-Status) an das Netz gegangen. Die hessischen Spielhallen werden jedoch nach einer

⁴¹⁶ Ronellenfitch/Denfeld, Die Vereinbarkeit von Zugangskontrollen für gewerbliche Spielstätten mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, 2009, S. 5.

⁴¹⁷ Vgl. auch aus der amtlichen Begründung, LT-Drucks. Bay 16/11995, S. 27.

Mitteilung des Staatsministeriums des Innern und für Sport nicht in die spielformübergreifenden bundesweiten Funktionalitäten des Hessische Spielersperrsystems OASIS einbezogen.⁴¹⁸ Die Prüfung der Nutzungsmöglichkeiten des spielformübergreifenden bundesweiten Datenbestandes habe ergeben, dass weder der GlüStV noch das hessische Spielhallengesetzes (HSpielHG) eine Rechtsgrundlage zur Einbindung der hessischen Spielhallen oder auch Spielhallen anderer Bundesländer biete. Demgegenüber soll § 43 Abs. 1 LGlüG offenbar als Rechtsgrundlage für einen derartigen Datenabgleich in Betracht kommen.

bb) Kompetenzwidrigkeit

aaa) kein örtlicher Regelungsbezug

Unabhängig von der Frage einer materiellen Rechtsgrundlage und unabhängig von datenschutzrechtlichen Bedenken, wenn etwa ohne Zutun des Betroffenen die für die Spielbanken eines Landes bestehende Sperre, sei es als Selbst-, sei es als Fremdsperre, in die zentrale Sperrdatei beim Land Hessen übernommen wird, fehlt es für die Einbeziehung von Spielhallen in Sperrdateien auch an der Gesetzgebungskompetenz der Länder. Derartige Regelungen einer zentralen und übergreifenden Spielersperre sind Recht des Glücksspiels im weitesten Sinn, also unter Einbeziehung sowohl des Glücksspiels im engeren, ordnungsrechtlichen Sinn⁴¹⁹ als auch des gewerblichen Spielrechts. Nur für ersteres sind die Länder uneingeschränkt zuständig, können damit auch Sperrsysteme und Sperrdateien einrichten, wie sie insbesondere für das Spiel in Spielbanken vorgesehen sind. Sie entsprechen der ordnungsrechtlichen Konzeption des Glücksspielrechts im Kompetenzbereich der Länder. Derartige zentrale Sperren weisen keinen Bezug zu einzelnen Einrichtungen wie Spielbanken oder anderen Veranstaltungen von Glücksspielen auf. Sie sind in keiner Weise örtlich radiziert. Schon deshalb handelt es sich nicht um Recht der Spielhallen i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.

⁴¹⁸ Informationen zum Spielersperrsystem OASIS, Mitteilung des Hessischen Staatsministeriums des Innern und für Sport, www.verwaltung.hessen.de, update Juli 2013, abgerufen am 21.10.2013.

⁴¹⁹ Vgl. zur Abgrenzung *Ronellenfitsch/Denfeld*, Die Vereinbarkeit von Zugangskontrollen für gewerbliche Spielstätten mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, 2009, S. 6 f.

bbb) Spielersperre als Instrument des materiellen Spielrechts – die maßgebliche kompetenzielle Zuordnung

Auch nach ihrem Gegenstand und ihren Auswirkungen wie vor allem auch nach ihrer Zielsetzung sind Regelungen über zentrale Sperrdateien unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung dem Recht des gewerblichen Geld-Gewinnspiels als Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzuordnen, und nicht dem Recht der Spielhallen. Ihr Gegenstand sind bestimmte Formen des Glücksspiels. Führt der Eintrag in eine zentrale Sperrdatei dazu, dass der Spieler für Spielhallen in einem Bundesland gesperrt, ihm der Zutritt zu verweigert ist, so wird er damit am Geldgewinnspiel gehindert. Denn tatsächlich ist die Sperre für alle Spielhallen einer Sperre für das Spiel an Spielgeräten gleichzusetzen, mag sie auch nur die Besucher von Spielhallen erfassen. Die landesgesetzlichen Regelungen über Sperrsysteme, soweit sie den Zugang zu Spielhallen reglementieren, beschränken damit notwendig auch die Erreichbarkeit von Geldspielgeräten.

Den Spieler am Geldgewinnspiel zu hindern, dies ist die eigentliche Zielsetzung der Spielersperre. Denn es sind die Spielgeräte, von denen die maßgeblichen Spielanreize ausgehen, und die deshalb einschränkenden Bestimmungen über ihre Ausstattung und Funktionsweise, über Spieldauer und zwingende Spielpausen, Höhe der Einsätze, der Gewinne und Verluste und über die Art und Weise ihrer Aufstellung unterworfen sind. Derartige technische Vorgaben sollen den einzelnen Spieler vor Kontrollverlust bewahren; ihn schon daran zu hindern, sich dem Spielgeräten zu nähern, ist die konsequente Fortführung und Steigerung des Spielerschutzes. Zielsetzung der Spielersperre auf Grund der Eintragung in eine Sperrdatei ist es, gefährdungsgeneigte Spieler gegenüber der Anreizwirkung von Spielgeräten abzuschirmen, und nicht etwa, Gefährdungen zu begegnen, die einzelne Spielhallen betreffen, ebenso, wie die aus dem Spielbankenrecht vertrauten Spielersperren nicht an betriebliche Gegebenheiten der jeweiligen Spielbank anknüpfen. Und wie dort, ist es auch bei zentralen Sperrsystemen für Spielhallen der gesperrte Spieler, der an bestimmten Formen des Glücks- oder Gewinnspiels gehindert werden soll, also dem Spiel an Geldspielgeräten in Spielhallen einerseits sowie Glücksspielautomaten in Spielbanken andererseits.

Nach den maßgeblichen Zuordnungskriterien, ihrem Inhalt nach wie nach ihrer Zielsetzung sind also Regelungen über Sperrdateien nicht dem Recht der Spielhallen zuzuordnen, sondern dem materiellen gewerblichen Spielrecht. Sie bewirken eine Abschirmung des Spielers gegenüber den vom Geldgewinnspiel ausgehenden Spielanreizen und eben dies ist ihre Zielsetzung. Sie verfolgen diese Zielsetzung unabhängig von den Gegebenheiten der einzelnen Spielhallen; es handelt sich um generalisierende Regelungen zur Eindämmung der Anreizwirkungen des Spiels an Spielgeräten. Es handelt sich um materielles Spielrecht, das nichts mit der örtlichen Situation der Spielhallen zu tun hat. Dies fällt unter die konkurrierende Zuständigkeit für das Recht der Wirtschaft, von der der Bundesgesetzgeber in der Frage des gewerblichen Spielrechts, des Spieler- und Jugendschutzes⁴²⁰ erschöpfend Gebrauch gemacht hat. Regelungsgehalt und Zielsetzung einer Regelung über zentrale Sperrdateien nach dem Muster des § 43 LGlüG BW begründen also deren Zuordnung zum Recht des gewerblichen Gewinnspiels und nicht zum Recht der Spielhallen; dies entspricht auch der herkömmlichen, vom verfassungsändernden Gesetzgeber vorgefundenen Abgrenzung der Normbereiche. Nicht nur ist das Instrument der zentralen Sperre ohne Vorbild im Spielhallenrecht des § 33i GewO; auch nach der Systematik der §§ 33c ff. GewO geht es hier um Beschränkungen für das Spiel an Geldspielgeräten.

bbb) Kompetenzverstoß und Konzeptwidrigkeit

Sperrdateien bedeuten die Implementierung eines weiteren Elements einer ordnungsrechtlichen Konzeption des Glücksspielrechts im engeren Sinn in das Recht des gewerblichen Spiels in Spielhallen.

S.o. II.2.e) cc) aaa).

Der Gesetzgeber entfernt sich hierdurch weitergehend von der gewerblichen Strukturierung des Rechts des Gewinnspiels, sei es als Recht der Spielgeräte, wie es weiterhin in §§ 33c und f GewO enthalten ist, sei es als Spielhallenrecht, wie es bisher Gegenstand des § 33i GewO war. Es handelt sich auf jeden Fall um Recht der Wirtschaft, und als dessen Teilbereich ist das Recht der Spielhallen in die Landeszuständigkeit übergeleitet worden. Das

⁴²⁰ Für den Jugendschutz auch durch das JuSchG.

Recht des gewerblichen Gewinnspiels, insbesondere das Recht der Spielgeräte, ist weiterhin gewerberechtlich strukturiertes Recht der Wirtschaft.

Die Zuständigkeit der Länder für die Einrichtung von Sperrdateien beschränkt sich auf das Glücksspiel im Rechtssinn, also insbesondere Spielbanken und Lotterien, entsprechend der Trennung des ordnungsrechtlich konzipierten Rechts des Glücksspiels der Länder und des Rechts des gewerblichen Gewinnspiels auf Bundesebene. Die Länder sind kompetenzmäßig nicht befugt, Bereiche des gewerblichen Gewinnspiels über das ordnungsrechtliche Instrumentarium des Glücksspielrechts, wie es sich im Instrument der zentralen Sperre realisiert, zu erfassen. Dies würde einen unzulässigen Übergriff in den Kompetenzbereich des Bundes bedeuten, der auch nicht aus Gesichtspunkten des Sachzusammenhangs oder einer Annexkompetenz gerechtfertigt werden könnte.

S.o. III.2.b).

Denn wie das Instrument der Spielersperre für den Bereich des Glücksspiels in Spielbanken und Lotterien diesem als der Hauptmaterie zugeordnet ist, gilt dies umgekehrt für die Spielersperre als Annex zum gewerblichen Spielrecht. Diese anzuordnen, wäre Sache des Bundes. Er hat davon Abstand genommen und an der gewerbrechtlichen Konzeption des Rechts der Gewinnspielgeräte festgehalten. Hierzu stünden Regelungen nach dem Muster des § 43 Abs. 1 LGLüG BW im Widerspruch. Durch Sperrsysteme und Sperrdateien, wie sie hier in Frage stehen, unternimmt es der Landesgesetzgeber, mit dem klassischen glücksspielrechtlichen Instrumentarium der Spielersperre in das gewerbliche Spielrecht einzugreifen. Schon diese Konzeptwidrigkeit, diese Missachtung des Postulats der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung indiziert einen kompetenziellen Übergriff,⁴²¹ der sich in der konkreten kompetenzrechtlichen Zuordnung zu dem Kompetenzmaterien des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG verwirklicht.

⁴²¹ Vgl. auch zum Zusammenhang von Gesetzgebungskompetenzen und Struktur- oder Systemgerechtigkeit *Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, 1976, S. 64 f.

ccc) Zur Spielerkarte

Wenn es schließlich um den Zugang zum Gewinnspiel geht, wie er durch Spielersperren, seien sie spielhallenbezogen, seien sie, wie im Fall der Sperrdateien, übergreifend konzipiert, so ist gegenüber einer landesgesetzlichen Regelung zudem zu berücksichtigen, dass die Neufassung des § 33f Abs. 1 Nr. 3 Buchst. h GewO vom 05.12.2012 (BGBl. I S. 2415) zur Regelung der Anforderungen an ein vom Spieler einzusetzendes Identifikationsmittel ermächtigt. Es handelt sich um die sog. Spielerkarte, die den Spielbeginn überhaupt erst ermöglicht. Sie ist wiederum als Vorstufe zur Entwicklung einer personengebundenen Spielerkarte gedacht. Diese soll dann nach dem Willen des Gesetzgebers einen noch höheren Spielerschutz gewährleisten.⁴²² Auch hieraus bestätigt sich: Spielerschutz, soweit es um den Zugang zum Geld-Gewinnspiel geht, obliegt dem Bund im Rahmen seiner Zuständigkeit für das Gewinnspiel.

f) Ermächtigung des § 28 Satz 2 GlüÄndStV

Bereits aus den vorstehenden Überlegungen zur Bedeutung und Tragweite der Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen und den verfassungsrechtlichen Bindungen des Landesgesetzgebers bei deren Wahrnehmung ergibt sich das Erfordernis einer verfassungskonformen Begrenzung der Ermächtigung des § 28 Satz 2 GlüÄndStV, wonach die Länder „weitergehende Anforderungen zu den Voraussetzungen des Veranstaltens und Vermittelns von Glücksspielen“ festlegen können. Die gemäß § 2 Abs. 3 GlüÄndStV auch für Spielhallen ausgesprochene Ermächtigung bezieht sich auf weitergehende Anforderungen im Verhältnis zu den Bestimmungen des GlüÄndStV. Die Bestimmung des § 28 Satz 2 GlüÄndStV kann verfassungsrechtlich keine Erweiterung der Länderkompetenzen bewirken. Soweit von einer wechselseitigen Verpflichtung der Länder ausgegangen werden sollte, die notwendigen Bestimmungen zur Verwirklichung der Gemeinwohlziele des GlüÄndStV zu erlassen,⁴²³ kann dem nur innerhalb der bestehenden Kompetenzen nachgekommen werden, unter Beachtung insbesondere auch der Sperrwirkung des Art.

⁴²² Vgl. aus der Gesetzesbegründung BT-Drucks. 17/10961, S. 12.

⁴²³ *Postel*, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 28 GlüStV Rdn. 9 f. unter Bezugnahme auf BVerfGE 115, 276 (302) – dort geht es jedoch um die Sicherung eines ausreichenden Glücksspielangebots.

72 Abs. 1 GG.⁴²⁴ § 28 Satz 2 GlüÄndStV würde also missverstanden, wollte man die Länder hiernach als befugt sehen, über das Recht der Spielhallen hinaus in das Recht des gewerblichen Gewinnspiels auszugreifen.

g) Exkurs: Kompetenzfragen des § 13 Nr7a SpielV neu - Mehrplatzspielgeräte (Entwurfassung)

Abschließend ist auf eine kompetenzrechtliche Fragestellung zu verweisen, die nicht unmittelbar durch die aktuelle Gesetzgebung der Länder zum Spielrecht aufgeworfen wird, die vielmehr im vorliegenden Entwurf für eine 6. Verordnung zur Änderung der SpielV⁴²⁵ latent angelegt ist. Wenn nach § 13 Nr. 7a SpielV in der Entwurfassung Mehrplatzspielgeräte einerseits ausdrücklich als zulässig anerkannt und bestimmten Anforderungen an ihre Aufstellung unterworfen werden, andererseits aber der Vorbehalt der Zulässigkeit nach Landesrecht eingefügt wird, so könnte dies als Ermächtigung an den Landesgesetzgeber verstanden werden, Anforderungen an das Aufstellen von Geldspielgeräten – hier also von Mehrplatzspielgeräten – abweichend vom Bundesrecht zu regeln oder jedenfalls über die Anforderungen nach Bundesrecht noch hinauszugehen.

Ermächtigungen an den Landesgesetzgeber zum Erlass abweichender Regelungen oder entsprechende Vorbehalte sind im Bereich konkurrierender Gesetzgebung⁴²⁶ nicht grundsätzlich ausgeschlossen.⁴²⁷ Wenngleich Art. 72 GG keine der Regelung in Art. 71 2. Halbs. vergleichbare Ermächtigung enthält,⁴²⁸ könnten dahingehende Vorbehalte als Hinweis darauf gelten, dass der Bun-

⁴²⁴ Dies verkennt *Postel* a.a.O. Rdn. 10.

⁴²⁵ BRat-Drucks. 437/13 vom 23. Mai 2013 sowie BRat-Druck. 437/13 (Beschluss) vom 05. Juli 2013.

⁴²⁶ Eingehend zur Problematik s. *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. 2012, Art. 72 Rdn. 59 ff.

⁴²⁷ BVerfGE 24, 367 (386); 29, 125 (137); 33, 224 (229); 83, 24 (30); 85, 143 (143); *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 72 Rdn. 27; *Stettner*, in: Dreier, GG II, Suppl. 2009, Art. 72 Rdn. 26; aM *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. 2012, Art. 72 Rdn. 61 sowie bereits *Pestalozza*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG VIII, 3. Aufl. 1996, Art. 72 Rdn. 280 ff.

⁴²⁸ Darauf abstellend *Pestalozza*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG VIII, 3. Aufl. 1996, Art. 72 Rdn. 275.

desgesetzgeber keine abschließende Regelung treffen wollte.⁴²⁹ Die in § 13 Nr. 7a SpielV in der Entwurfsfassung vorgesehene Regelung ginge allerdings über einen derartigen Vorbehalt hinaus, da hiernach offenbar die bundesrechtliche Bestimmung nur für den Fall gelten soll, dass die Länder nicht etwas Abweichendes geregelt haben.

Inwieweit dahingehende Vorbehalts- oder auch Öffnungsklauseln im Bundesrecht zugunsten landesrechtlicher Bestimmungen mit der Regelung der konkurrierenden Gesetzgebung in Art. 72 GG vereinbar sind, kann hier jedoch letztlich dahingestellt bleiben. Denn unbeschadet einer entsprechenden Befugnis des Gesetzgebers zur Aufnahme derartiger Klauseln und Vorbehalte in das kompetenzausfüllende Gesetz nach Art. 72 Abs. 1 GG ist jedenfalls der Verordnungsgeber hierzu nicht ermächtigt. Der Bundesgesetzgeber hat mit den Bestimmungen der §§ 33c ff. GewO von der konkurrierenden Zuständigkeit für das gewerbliche Spielrecht umfassend Gebrauch gemacht. Er hat hiervon auch mit der Verordnungsermächtigung des § 33 f GewO Gebrauch gemacht – bereits die Verordnungsermächtigung und nicht erst der Verordnungserlass bedeutet ein Gebrauchmachen i.S.v Art. 72 Abs. 1 GG.⁴³⁰ Der Verordnungsgeber hat sich in dem hierdurch vorgezeichneten Rahmen zu bewegen. Er kann nicht von sich aus die erschöpfende bundesgesetzliche Regelung unter den Vorbehalt abweichender landesgesetzlicher Bestimmungen stellen.

Die Ermächtigung an den Verordnungsgeber, Bestimmungen zur Durchführung der gesetzlichen Regelungen für Spielgeräte nach § 33c GewO umfasst die näheren Vorgaben für die Aufstellung der Geräte und auch für deren Beschaffenheit. Welche Geräte überhaupt aufgestellt werden dürfen, dies ist auf der Ebene des formellen Gesetzesrechts geregelt. Bereits gegenständlich kann die Verordnungsermächtigung des § 33 f GewO nicht hierauf bezogen werden. Vor allem aber durch das Rangverhältnis der Normen wird ein Vorbehalt zugunsten abweichender landesrechtlicher Bestimmungen, wie er in § 13 Nr. 7a SpielV in der Entwurfsfassung gesehen werden könnte, zwingend ausgeschlossen. Jedenfalls dem Verordnungsgeber ist eine dahingehende Öff-

⁴²⁹ *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 72 Rdn. 27; *Oeter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG II, 6. Aufl. 2012, Art. 72 Rdn. 62,

⁴³⁰ *Degenhart*, in: Sachs, GG, 6. Aufl. 2011, Art. 72 Rdn. 26.

nung der abschließenden bundesgesetzlichen Regelung verwehrt. Dahingehend ist die Bestimmung des § 13 Nr. 7a SpielV neu in der Entwurfsfassung verfassungskonform aufzufassen, sollte sie in Kraft treten.

V. Ergebnisse: kompetenzwidriges Landesrecht - zusammenfassende Bewertung

1. Einzelne Kompetenzverstöße

Das Verbot von Spielhallen innerhalb eines bestimmten Abstandsradius zu Einrichtungen für Kinder und Jugendliche, wie es in § 25 GlüÄndStV vorgesehen ist und zB in § 42 Abs. 3 LGlüG BW oder nach § 2 Abs. 1 Satz 4 SpielhG Bln landesgesetzlich umgesetzt wird, ist kompetenzwidrig unabhängig von der Größe der Abstände im Einzelfall. Für die Kompetenzfrage ist es auch unerheblich, ob es sich, wie zB bei § 16 Abs. 3 AGGlüStV NRW, um eine Soll-Vorschrift handelt – dies mag für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Bedeutung sein. Es handelt sich nicht um Recht der Spielhallen i.S.v. § 33i GewO, da die Kriterien der Beschaffenheit und Lage der Räume, § 33i Abs. 2 Nr. 2 GewO sich auf polizeiliche Gefahren beziehen. Abstrakte, nicht an die konkrete Beschaffenheit und Lage der einzelnen Spielhalle anknüpfende Bestimmungen zum Spielerschutz sind Recht des gewerblichen Geld-Gewinnspiels und deshalb auch nicht Recht der Spielhallen i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr.11 GG. Hierfür bleibt es bei der Zuständigkeit des Bundes für das Recht des gewerblichen Geld-Gewinnspiels und hier insbesondere der Geräteaufstellung. Als Bundesrecht könnten dahingehende Regelungen auf Grund ihrer Zielsetzung auch auf die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für das Bodenrecht gestützt werden; auch dies bestätigt den Kompetenzübergreif des Landesgesetzgebers.

Ein landesgesetzliches Verbot, Spielhallen innerhalb eines bestimmten Abstandsradius zu Einrichtungen für Kinder und Jugendliche zu betreiben, wie zB nach § 42 Abs. 3 LGlüG BW oder nach § 2 Abs. 1 Satz 4 SpielhG Bln, ist schon deshalb kompetenzwidrig, weil es sich hier um Bodenrecht handelt, das

der Bundesgesetzgeber erschöpfend geregelt hat. Es handelt sich unabhängig davon nicht um Recht der Spielhallen.

Auch das Verbundverbot des § 25 Abs. 2 GlüÄndStV und die zu seiner Umsetzung ergangenen landesgesetzlichen Regelungen sind nicht Recht der Spielhallen und daher kompetenzwidrig. Das Verbundverbot bewirkt die Ergänzung und Verschärfung des Abstandsgebots. Auch das Verbundverbot widerspricht dem Grundsatz, dass für die rechtliche Beurteilung eines Gewerbebetriebs auf dessen konkrete Gegebenheiten abzustellen ist; es ist dies also keine Frage der „Lage“ der Spielhalle und ihrer polizeirechtlichen Beurteilung nach § 33i Abs. 2 Nr. 2 GewO.

Der Landesgesetzgeber ist nicht dafür zuständig, Bestimmungen der SpielV über die zulässige Anzahl von Spielgeräten oder auch die Verabreichung von Speisen und Getränken zu ersetzen. Die SpielV ist hierin zur Durchführung des Rechts der Geräteaufstellung in §§ 33c und d GewO ergangen, nicht aber zur Durchführung des § 33i GewO. Die hierauf gestützten Bestimmungen der SpielV sind nicht Recht der Spielhallen. Der Landesgesetzgeber – entsprechende Bestimmungen enthält das SpielhG Bln – durfte sie nicht ersetzen. Umgekehrt kann der Bund weiterhin im Verordnungswege zur Durchführung der §§ 33 c, d und e GewO tätig werden; lediglich Vorschriften zur Durchführung des § 33i GewO sind ihm verwehrt.

Die Gesetzgebung der Länder normiert weitere Anforderungen an die Spielhallenbetreiber in Gestalt von Sachkundenachweisen, wie zB nach § 2 Abs. 3 Nr. 4 SpielhG Bln und vom Betreiber vorzulegenden Sozialkonzepten. Kompetenzwidrig sind hier landesgesetzliche Bestimmungen, die darauf abzielen, ein vom Bundesgesetzgeber kompetenzgerecht entwickeltes Schutzkonzept zu ergänzen oder zu erweitern. Der Landesgesetzgeber ist nicht dazu berufen, ein vorgefundenes Schutzkonzept des Bundesrechts nachzubessern, weil er es als verbesserungswürdig wertet. Dies gilt insbesondere für die vom Bundesgesetzgeber kompetenzgerecht erlassene Novelle zur GewO 2012.

Ein generelles landesgesetzliches Verbot der Spielwerbung durch Außengestaltung der Spielhallen ist kompetenzwidrig. Denn wenn auch unmittelbarer Adressat des Verbots der Spielhallenbetreiber ist, so geht es doch inhaltlich darum, dass das Spiel an den in der Spielhalle aufgestellten Spielgeräten nicht

beworben werden darf. Es geht um das gewerbliche Spiel selbst. Dies betrifft auch Verbote der Werbung in den Medien. Vorgaben für die Werbung für ein bundesgesetzlich reguliertes Gewerbe sind gleichermaßen Sache des Bundesgesetzgebers.

Der Landesgesetzgeber ist auch nicht befugt, gesetzliche Regelungen über die Einbeziehung von Spielhallen in zentrale Sperrsysteme und Sperrdateien vorzusehen. Es handelt sich um materielles Spielrecht, das nichts mit der örtlichen Situation der Spielhallen zu tun hat, und fällt daher unter die konkurrierende Zuständigkeit für das Recht der Wirtschaft, von der der Bundesgesetzgeber in der Frage des gewerblichen Spielrechts, des Spieler- und Jugendschutzes erschöpfend Gebrauch gemacht hat.

2. Landesrecht im Widerspruch zur bundesrechtlichen Konzeption

Es ist davon auszugehen, dass der Lebenssachverhalt des gewerblichen Geld-Gewinnspiels bundesrechtlich in der GewO – mit ergänzenden Bestimmungen auch im JuSchG sowie im Bauplanungsrecht – abschließend geregelt wurde. Soweit dem Landesgesetzgeber mit dem Recht der Spielhallen ein Teilausschnitt zugeordnet wurde, ist dieser so abzugrenzen, dass hieraus, also in Wahrnehmung der hierfür den Ländern zugewiesenen Gesetzgebungskompetenz, keine konzeptionellen Widersprüche zum Bundesrecht erwachsen, eine bundesgesetzliche Regelungskonzeption nicht durch Landesrecht entkräftet wird. Den Ländern ist hiernach generell verwehrt, eine als unzureichend empfundene bundesrechtliche Gesetzeslage „nachzubessern“.

In der Gesamtbilanz kann festgehalten werden: Die Gesetzgebung der Länder missachtet in grundsätzlicher Weise die Trennung der Kompetenzsphären, die Begrenzung der Gesetzgebungskompetenz der Länder und die verfassungsrechtlichen Schranken für deren Kompetenzwahrnehmung. Sie setzt sich in verfassungswidriger Weise in Widerspruch zur bundesgesetzlichen, verfassungsrechtlich fundierten Konzeption des gewerblichen Spielrechts, die auf Grundsätzen des Gewerberechts und der Gewerbefreiheit beruht.

Inwieweit derartige konzeptionelle Widersprüche per se verfassungswidrig sind, ein Postulat der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung hier also als eigenständiges Verfassungsgebot zur Geltung kommt, kann nicht verallgemeinernd gesagt, braucht an dieser Stelle auch nicht abschließend beantwortet zu werden. Denn es liegt ein Bündel kompetenzieller Übergriffe der Gesetzgeber in den Ländern vor, die, ungeachtet der Unterschiede im Detail, diesen grundsätzlichen Widerspruch begründen:

Dies gilt für die landesgesetzlichen Abstandsregelungen, die die Aufstelleraubnis im Widerspruch zu Bundesrecht weitgehend inhalts- und substanzlos werden lassen. Dies gilt auch für die ebenfalls in allen Ländern geltenden Werbeverbote für ein nach Bundesrecht erlaubtes, rechtmäßig ausgeübtes Gewerbe. Durch Sperrsysteme als Instrumentarien des Spielerschutzes wird in einzelnen Ländern ein weiteres Element einer ordnungsrechtlichen Konzeption des Glücksspielrechts im engeren Sinn in das Recht des gewerblichen Spiels in Spielhallen implementiert.

Auch wenn nicht in allen Ländern die dargelegten Kompetenzübergriffe in gleichem Umfang erfolgt sind, so kann doch angesichts der in allen Ländern geltenden Abstandsgebote und Verbundverbote sowie Werbebeschränkungen und weiterer generalisierender Regelungen zur Eindämmung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels gleichermaßen festgestellt werden: Die Landesgesetze enthalten nicht nur punktuelle Kompetenzübergriffe, die Länder setzen sich vielmehr in grundsätzlicher Weise über die Regelungskonzeption des Bundesgesetzgebers und dessen Schutzkonzepte hinweg.

Dies bekräftigt die Erfordernisse einer klaren Trennung der Kompetenzsphären, einer ebenso eindeutigen Begrenzung des Landesgesetzgebers auf den Regelungsbereich des § 33i GewO und verstärkt das Gewicht der Kompetenzverstöße. Die grundsätzliche Missachtung dieser Erfordernisse und der verfassungsrechtlichen Schranken der Kompetenzwahrnehmung durch die Länder setzt sich in verfassungswidriger Weise in Widerspruch zur bundesgesetzlichen, verfassungsrechtlich fundierten Konzeption des gewerblichen Spielrechts. Auch hieraus bestätigt sich ihre Kompetenzwidrigkeit.

Zusammenfassung wesentlicher Ergebnisse

I. Normative Ausgangslage

1. Föderalismusreform: Mit der Föderalismusreform 2006 erlangten die Länder die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für das „Recht der Spielhallen“. Die Kompetenzverlagerung bezieht sich nicht generell auf das Recht des gewerblichen Geld-Gewinnspiels. Dieses wurde bewusst nicht einbezogen.

2. Gewerberechtliche Konzeption: Das Spiel an Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit sowie Unterhaltungsspiele ohne Gewinnmöglichkeit waren herkömmlich stets gewerberechtlich geordnet, im Unterschied zum Recht der Spielbanken und Lotterien. Die rechtliche Regelung des gewerblichen Gewinnspiels beruhte im Zeitpunkt der Föderalismusreform auf einer gefestigten, kontinuierlichen Rechtsentwicklung und ist weiterhin in dieser Kontinuität zu sehen.

3. Gesetzgebung der Länder: Die seitherige Gesetzgebung der Länder zu Spielhallen und zu gewerblichem Gewinnspiel ist durch eine vorrangige Ausrichtung an den Zielen der Einschränkung des gewerblichen Gewinnspiels, insbesondere in Spielhallen gekennzeichnet. Sie verdeutlicht den kompetenzzielten Anspruch der Länder, das gesamte Geschehen in und um Spielhallen zu regulieren. Ungeachtet der Einbeziehung der Spielhallen in das allgemeine Glücksspielrechtliche Regime durch den Glücksspieländerungs-Staatsvertrag 2012 geht es jedoch um gewerbliches Gewinnspiel im Rahmen der auf Gewerbefreiheit beruhenden bundesrechtlichen Regelungen der §§ 33c ff. GewO.

II. Bundesstaatliches Kompetenzgefüge

1. Kompetenzrechtliche Fragestellung:

a) Die Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bedeutete mit der Kompetenzverlagerung des Rechts der Spielhallen auf die Länder einen Eingriff in eine gewachsene, vielfach verzahnte Materie.

b) Für den Kompetenzbegriff des Rechts der Spielhallen, der im Grundgesetz nicht definiert ist, wird ganz überwiegend auf die einfachgesetzliche Begrifflichkeit des § 33i GewO zurückgegriffen. Eine Gegenauffassung will hierfür auf einen weiter gefassten „Lebensbereich“ der Spielhallen abstellen.

c) Letzteres entspräche dem kompetenziellen Anspruch im GlüÄndStV und in weiten Bereichen auch der hierzu ergangenen Ausführungsgesetze der Länder.

d) Die Ersetzungsbefugnis der Länder nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG darf zu keiner verfassungsrechtlich nicht hinnehmbaren Gemengelage von Bundes- und Landesrecht führen. Sie begründet keinen „umfassenden Handlungs- und Gestaltungsspielraum“ zugunsten der Länder und kann nicht im Wege des Sachzusammenhangs auf weitergreifende Lebensbereiche erstreckt werden.

e) Die kompetenzrechtliche Fragestellung umfasst sowohl die nähere Bestimmung des Kompetenzbegriffs des Spielhallenrechts als auch die Frage der kompetenzrechtlichen Zuordnung. Die Gesetzgebung bewegt sich im Schnittfeld unterschiedlicher Kompetenzmaterien, insbesondere beim gewerblichen Geld-Gewinnspiel in Spielhallen und an anderen Orten. Hierin sind konkrete Kompetenzkonflikte angelegt.

2. Kompetenzkonflikte

a) Abstandsregelungen, also Bestimmungen, die einen Mindestabstand zu vorhandenen Betrieben und anderen Einrichtungen als Erlaubnisvoraussetzung fordern, sowie das landesrechtliche Verbundverbot verlassen den Rahmen des § 33i GewO. Ob sie „Recht der Spielhallen“ sind, hängt von der Maßgeblichkeit des § 33i GewO für die Auslegung der Kompetenznorm ab.

b) Zur Ersetzung von Bestimmungen der SpielV ist der Landesgesetzgeber nur befugt, wenn diese ihrerseits Recht der Spielhallen sind. Dürfte der Landesgesetzgeber das Bundesgesetz ersetzen, zu dessen Durchführung die

Verordnung ergangen ist, so würde sich die Ersetzungsbefugnis auch auf die Verordnung erstrecken. Andernfalls besteht keine Ersetzungsbefugnis für Bestimmungen der SpielV. Dies betrifft Bestimmungen über die Höchstzahl der Geräte und über die Ausgabe von Speisen und Getränken.

c) In Wahrnehmung seiner konkurrierenden Kompetenz hat der Bund mit der Novelle zur GewO aus 2012 Unterrichtsnachweise und Sozialkonzepte als Voraussetzung der Aufstellerlaubnis normiert. Dahingehende Anforderungen an Betreiber von Spielhallen enthält auch das Landesrecht. Sie sind in § 33i GewO nicht vorgesehen. Auch hierfür bedarf es der Abgrenzung der Kompetenzmaterien und der kompetenzmäßigen Zuordnung.

d) Das Werbeverbot des § 26 Abs. 1 GlüÄndStV ist ohne Vorbild im Bundesrecht. Gleiches gilt für die Werbeverbote für Internet und Fernsehen nach § 5 Abs. 3 GlüÄndStV. Für das Recht der Spielhallen bedarf es der Abgrenzung zum Recht des Gewinnspiels. Das Werbeverbot in Fernsehen und Internet kann jedenfalls insoweit nicht als Recht der Spielhallen gelten, als es sich auf Werbung für das Spiel selbst bezieht.

e) Spielersperrungen sind kennzeichnend für das Spielbankenrecht. Durch Sperrdateien wird ein weiteres Element einer ordnungsrechtlichen Konzeption in das Recht des gewerblichen Spiels in Spielhallen implementiert. Auch unabhängig von der Maßgeblichkeit des § 33i GewO stellt sich für Sperrdateien die Frage nach der Zuordnung zum Recht der Spielhallen entsprechend der auf örtlich radizierte Materien gerichteten Zielsetzung der Kompetenzverlagerung, oder aber zum Recht des gewerblichen Gewinnspiels.

f) Ein grundsätzlicher Kompetenzkonflikt besteht im Verhältnis der Ermächtigung des § 28 Satz 2 GlüÄndStV, wonach die Länder „weitergehende Anforderungen“ festlegen können, und der Bundeskompetenz für das Recht der Aufstellung von Geldspielgeräten.

3. Spielhallen und Spielgeräte als Recht der Wirtschaft: Abgesehen von der Frage einer Festlegung des Landesgesetzgebers auf die wesentlichen Inhalte und Prinzipien des § 33i GewO sind hier auch kompetenzielle Fragen der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung berührt.

III. Recht der Spielhallen, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

1. „Recht der Spielhallen“: § 33i GewO

a) Für die Auslegung einer Kompetenznorm ist dann, wenn sie die Kompetenzmaterie normativ-rezeptiv bestimmt, also durch Bezugnahme auf einen Normenkomplex *des* einfachen Rechts, maßgeblich auf das traditionelle, herkömmliche Verständnis von Inhalt und Reichweite dieses Normbereichs abzustellen.

b) Dies betrifft auch das Recht der Spielhallen, wie es der verfassungsändernde Gesetzgeber vorgefunden hat, als er Bezug nahm auf bestimmte Normen der Gewerbeordnung und insbesondere für das Recht der Spielhallen an die vorgefundene Kompetenzmaterie des § 33i GewO anknüpfte.

c) Dies wird durch die Genese des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bestätigt. Die Kompetenzabschichtung sollte nur Teilbereiche des Gewerberechts mit lokaler Radizierung erfassen, für das Recht der Spielhallen die Materie des § 33i GewO – wie dies auch der ganz überwiegenden Sehweise entspricht.

d) Weitere Auslegungskriterien bestätigen: Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat im Recht der Wirtschaft die differenzierte Regelung der §§ 33c ff. GewO vorgefunden und ausschließlich das Recht der Spielhallen den Ländern zugewiesen. Wollte man die Kompetenzmaterie auf alle den „Lebensbereich“ der Spielhallen berührenden Fragen beziehen, so würde dies zu einer Gemengelage von Bundes- und Landeszuständigkeiten führen, die es gerade zu vermeiden galt.

2. Abgrenzung sachlich zusammenhängender Kompetenzbereiche

a) Die den Ländern zugewiesene Kompetenzmaterie ist in Abgrenzung zu den in konkurrierender Zuständigkeit verbliebenen Kompetenzmaterien zu bestimmen. Dies bestätigt die Maßgeblichkeit des § 33i GewO auch im Hinblick auf die Ersetzungsbefugnis nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG. Dabei ist auf den örtlichen Regelungsbezug abzustellen. Dies betrifft auch Regelungen zum Jugendschutz, der generalisierend bereits in § 6 Abs.1 JuSchG geregelt ist.

b) Der sachliche Zusammenhang zwischen dem Recht der Spielhallen nach Maßgabe seiner normativen Ausformung in § 33i GewO und dem Recht des gewerblichen Gewinnspiels nach § 33c und § 33d GewO bedeutet nicht, dass sich die Länderkompetenz für ersteres kraft Sachzusammenhangs auf Teilbereiche des letzteren erstrecken könnte. Die Voraussetzungen hierfür sind nicht gegeben; dies stünde auch im Widerspruch zum Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers.

3. Tragweite der Kompetenznorm und Schranken der Kompetenzausübung

a) Dem Landesgesetzgeber verbleiben gleichwohl Gestaltungsbefugnisse, er ist nicht auf die „Verwaltung eines Normenbestandes“ beschränkt.

b) Die Zuständigkeiten des Landesgesetzgebers in Anknüpfung an die spielhallenbezogene Bestimmung des § 33i GewO und in Abgrenzung zur einfachgesetzlichen Regelung des gewerblichen Gewinnspiels zu bestimmen, bedeutet keine unzulässige „Verfassung nach Gesetz“

c) Der Überblick über die durch die Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG initiierte Gesetzgebung der Länder ließ grundlegende Wertungswidersprüche im Verhältnis zur gewerberechtiglichen, auf Gewerbefreiheit beruhenden Konzeption des Bundesrechts deutlich werden.

d) Im Bundesstaat des Grundgesetzes sind widersprüchliche Schutzkonzepte und Wertungswidersprüche im Verhältnis von Bundes- und Landesrecht aufzulösen. Der Landesgesetzgeber, der ein vom Bundesgesetzgeber kompetenzgerecht entwickeltes Schutzkonzept vorfindet, ist nicht dazu berufen, es nachzubessern, weil er es als verbesserungswürdig wertet.

e) In der Zuordnung zu den unterschiedlichen Kompetenzmaterien ist die gewerberechtigliche Konzeption des Spielrechts zu wahren und eine kompetenzrechtliche Gemengelage zu vermeiden sowie das Kriterium des örtlichen Regelungsbezugs zu beachten.

IV. Aktuelle Gesetzgebung: Kompetenzprüfung

1. Kriterien kompetenzmäßiger Zuordnung

Das Recht der Spielhallen umfasst nur die Erteilung einer Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle, die (bisher) in § 33i GewO geregelt ist, nicht hingegen das Aufstellen, die Zulassung und den Betrieb von Spielgeräten, die in §§ 33c ff. GewO und der Spielverordnung normiert sind. Welcher der Kompetenzmaterien einschlägig ist, dies ist nach den gefestigten Kriterien für die kompetenzmäßige Qualifikation von Gesetzen zu ermitteln.

2. Erlaubnisvoraussetzungen

a) Abstandsgebote, Verbundverbot: Wenn allein das Vorhandensein weiterer Spielhallen auch in größerer Entfernung den Betrieb zwingend hindert, so geht es nicht mehr um Lage und Beschaffenheit der Spielhalle und hieraus sich ergebende, konkrete Gefahren wie nach § 33i GewO. Der Gesetzgeber verfolgt ein generelles Eindämmungskonzept, das selbst dann nicht dem Recht der Spielhallen zugeordnet werden könnte, wenn man dieses nicht auf den Rahmen des § 33i GewO beschränken wollte. Dies gilt gleichermaßen für das Verbundverbot des § 25 Abs. 2 GlüÄndStV und für Abstandsgebote gegenüber Einrichtungen für Kinder und Jugendliche. Die Bestimmungen über Mindestabstände sind, da innerhalb des gleichen Kompetenztypus Mehrfachzuordnungen möglich sind, auch dem Bodenrecht des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG zuzuordnen, das der Bund, wie zuletzt in § 9 Abs. 2a Nr. 1 BauGB (2013), erschöpfend geregelt hat. Auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG ist einschlägig. Die landesgesetzlichen Regelungen stehen zudem im Widerspruch zur gewerberechtl. auf dem Grundsatz der Gewerbefreiheit beruhenden Konzept des Rechts des Gewinnspiels im Bundesrecht.

b) Ersetzung der SpielV ? Der Landesgesetzgeber ist nicht befugt, Bestimmungen der SpielV zu „ersetzen“. Die Ersetzungsbefugnis nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG besteht schon deshalb nicht, weil der Bund hier neues Recht erlassen kann. In keinem Fall sind die Länder befugt, einzelne Vorschriften des Bundesrechts punktuell zu ergänzen und so die vorgefundene bundesgesetzliche Regulierung zu intensivieren. Dies betrifft landesgesetzliche Bestimmungen über die zulässige Anzahl von Geldspielgeräten und über die Verabreichung von Speisen und Getränken.

c) Sachkundenachweise, Sozialkonzepte: Die Gesetzgebung der Länder normiert weitere Anforderungen an den Spielhallenbetrieb in Gestalt von Sachkundenachweisen und vom Betreiber vorzulegender Sozialkonzepte. Bundesrecht stellt mit der Novelle zur GewO 2012 gleiche Anforderungen an die Gerätesteller. Durchweg aber geht es um Gefahren, die den gewerblichen Geld-Gewinnspielgeräten zugeschrieben werden. Deshalb sind Bestimmungen über Sachkundenachweise und Sozialkonzepte dem Recht der Geräteaufstellung zuzuordnen. Den Ländern sind parallele Schutzkonzepte verwehrt. Sie sind nicht befugt, das bundesgesetzliche Schutzkonzept nachzubessern,

d) Werbebeschränkungen: Das Verbot der Spielwerbung durch Außengestaltung der Spielhallen nach § 26 Abs. 1 GlüÄndStV zielt darauf ab, das Geldspiel an Spielgeräten in den Spielhallen zu beschränken und deshalb werbende Hinweise zu untersagen. Wie sich Werbung als Annex zur Ausübung eines Gewerbes darstellt, ist auch die Regulierung der Werbung als Annex zur rechtlichen Regulierung des Gewerbes zu sehen. Es handelt sich um Recht der Geräteaufstellung. Es sind die in den Spielhallen angebotenen Spiele, die deren Gepräge bestimmen. Deshalb sind auch die Werbebeschränkungen des § 5 Abs. 3 GlüÄndStV Recht des gewerblichen Geld-Gewinnspiels und nicht Recht der Spielhallen.

e) Sperrdateien: Für Sperrdateien fehlt es am örtlichen Regelungsbezug. Sie sollen den Spieler am Geld-Gewinnspiel hindern und sind deshalb nach ihrem Regelungsgehalt, ihren Auswirkungen und ihrer Zielsetzung nicht Recht der Spielhalle, sondern materielles gewerbliches Spielrecht. Der Landesgesetzgeber unternimmt es hier, mit dem klassischen glücksspielrechtlichen Instrumentarium der Spielersperre in das gewerbliche Spielrecht einzugreifen. Schon diese Konzeptwidrigkeit indiziert einen kompetenziellen Übergriff, der sich in der konkreten kompetenzrechtlichen Zuordnung zu den Kompetenzmaterien des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG verwirklicht.

f) § 28 Abs. 2 GlüÄndStV: Die Ermächtigung zu weitergehenden Regelungen nach § 28 Abs. 2 GlüÄndStV ist verfassungskonform zu begrenzen.

g) Exkurs zu § 13 Nr. 7a SpielV neu (Entwurf): Zum vorliegenden Entwurf für eine 6. Verordnung zur Änderung der Spielverordnung ist anzumerken, dass der Vorbehalt der Zulässigkeit nach Landesrecht für Mehrfachspielgeräte nach § 13 Nr. 7a SpielV in der Entwurfsfassung verfassungskonform nicht als Er-

mächtigung verstanden werden kann, diese abweichend vom Bundesrecht zu regeln oder über dessen Anforderungen noch hinauszugehen. Dem Verordnungsgeber ist eine dahingehende Öffnung der abschließenden bundesgesetzlichen Regelung verwehrt.

V. Ergebnisse: kompetenzwidriges Landesrecht

1. Im Gesamtergebnis erweisen sich zahlreiche der von den Ländern unter – unberechtigter – Inanspruchnahme ihrer Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen erlassenen, im GlüÄndStV, den Ausführungsgesetzen hierzu bzw. in eigenen Spielhallengesetzen enthaltenen Vorschriften als kompetenzwidrig.

2. Die Gesetzgebung der Länder missachtet in grundsätzlicher Weise die Trennung der Kompetenzsphären, die Begrenzung der Gesetzgebungskompetenz der Länder und die verfassungsrechtlichen Schranken für deren Kompetenzwahrnehmung und setzt sich in verfassungswidriger Weise in Widerspruch zur bundesgesetzlichen, verfassungsrechtlich fundierten Konzeption des gewerblichen Spielrechts.

Leipzig, im Dezember 2013



(o. Prof. Dr. C. Degenhart)