

Thomas Lammers, Köln*

Die Gesetzgebungskompetenz für Spielhallen vor den Landesverfassungsgerichten

I. Einleitung

Im Zuge der sog. Föderalismusreform I von 2006 wurden die Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern teilweise neu geordnet. Aus dem bis dahin umfassenden Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, der dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft einschließlich des Gewerberechts einräumt, wurden dabei verschiedene Rechtsbereiche ausgeklammert, in denen seither die Länder die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis haben.

Eine der Materien, die seit der Föderalismusreform I nicht mehr dem Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG unterfallen, ist das „Recht der Spielhallen“. Diese Kompetenzausnahme umfasst

allerdings weder das gewerbliche Spielrecht noch das Recht des Spiels an Geldspielgeräten im Ganzen, denn ein solches findet auch außerhalb von Spielhallen, z.B. in Gaststätten, statt¹. Durch die Verfassungsänderung wurden mithin Rechtsmaterien, deren Regelung bis dato in den §§ 33c bis 33i Gewerbeordnung (GewO) eng miteinander verzahnt war, auf verschiedene Kompetenzträger verteilt. Dies wirft die Frage auf, wo genau die Grenze zwischen den Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern im Hinblick auf das

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt im Kölner Büro der Kanzlei Köhler & Klett Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB.

¹ Vgl. § 1 Spielverordnung (SpielV).

Spiel an Geldspielgeräten in Spielhallen verläuft. Die Beantwortung dieser Frage ist zugleich entscheidend dafür, in welchem Umfang die Länder befugt sind, gem. Art. 125a Abs. 1 GG zunächst weitergeltende Vorschriften der Gewerbeordnung und der Spielverordnung (SpielV) durch eigene Vorschriften zu ersetzen.

Die entstandenen Abgrenzungsschwierigkeiten und die intensive gesetzgeberische Tätigkeit der Bundesländer², der ein weites Verständnis der Landeskompetenz für das Recht der Spielhallen zugrunde liegt und die eine Tendenz erkennen lässt, im Vergleich zur bestehenden bundesrechtlichen Lage zusätzliche Beschränkungen für den Betrieb von Spielhallen zu schaffen³, haben zwischenzeitlich zu einer Vielzahl von Äußerungen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum zur Interpretation der Neuregelung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG geführt. Unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte der Verfassungsreform wird mehrheitlich eine Auslegung befürwortet, die sich eng an den Regelungsbereich des § 33i GewO anlehnt und zu einem eher restriktiven Verständnis der Länderkompetenz führt⁴. Verschiedene landesgesetzliche Maßnahmen zur Einschränkung von Spielhallenbetrieben sind daher in rechtswissenschaftlichen Stellungnahmen als kompetenz- und mithin verfassungswidrig bewertet worden⁵.

In der Praxis der Gerichte sind diese Äußerungen im Schrifttum allerdings nicht auf Gefolgschaft gestoßen: Die bisher ergangenen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen kommen – überwiegend mit sehr knappen Begründungen – durchweg zu dem Ergebnis, dass den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für die einschlägigen Regelungen zur Restriktion des Spielhallengewerbes zustehe⁶. Nach Ansicht des BayVerfGH tritt ein Kompetenzverstoß jedenfalls nicht offen zu Tage⁷.

Mit dem Urteil des Staatsgerichtshofs Baden-Württemberg (StGH BW) vom 17.06.2014⁸ und dem Beschluss des Verfassungsgerichtshofs für das Land Berlin (VerfGH Berlin) vom 20.06.2014⁹ liegen nunmehr die Entscheidungen zweier weiterer Landesverfassungsgerichte zu der Frage der Reichweite der Landeskompetenz für das Recht der Spielhallen vor. Beide Gerichte bejahen im Ergebnis ebenfalls die Kompetenzmäßigkeit der zur Prüfung gestellten landesgesetzlichen Vorschriften, die Begründungen zeigen jedoch durchaus bemerkenswerte Unterschiede auf. Dies gibt Anlass, die genannten Entscheidungen im Folgenden zu analysieren und kritisch zu würdigen.

II. Das Urteil des StGH BW

Dem Urteil des StGH BW vom 17.06.2014 liegen Verfassungsbeschwerden verschiedener Spielhallenbetreiber gegen das baden-württembergische Zustimmungsgesetz zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag¹⁰ und das Landesglücksspielgesetz (LGlüG BW)¹¹ zugrunde, die teilweise Erfolg hatten. Für verfassungsgemäß hält das Gericht das Verbot, Spielhallen in einem baulichen Verbund zu betreiben, und das Gebot, zwischen Spielhallen – vorbehaltlich einer in Härtefällen möglichen Befreiung – einen Mindestabstand von 500 m Luftlinie einzuhalten. Die Regelung des § 51 Abs. 5 S. 2 LGlüG BW, wonach ein Mindestabstand von 250 m selbst in Härtefällen vorgeschrieben ist, hat der StGH BW demgegenüber wegen eines Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz für nichtig erklärt. Nichtig ist nach der Entscheidung auch die Pflicht der Spielhallenbetreiber zum Abgleich der Personalien aller Gäste mit der zentral geführten Sperrdatei nach § 23 Abs. 1 GlüStV, da es

im Staatsvertrag an einer hinreichenden Grundlage für den Datenabgleich fehle; gebilligt wurde demgegenüber die gesetzliche Regelung über die Durchführung von Einlasskontrollen und die Feststellung von Personalien, weil eine verfassungskonforme Beschränkung dieser Erfordernisse auf Fälle möglich sei, in denen eine bloße Sichtkontrolle die Volljährigkeit des betroffenen Gasts nicht zweifelsfrei bestätigt. Zudem hat der StGH BW einzelne Übergangsregelungen für unvereinbar mit der Landesverfassung erklärt und dem Landesgesetzgeber Fristen zur Neuregelung aufgegeben. Zu der Verfassungsmäßigkeit des in § 42 Abs. 3 LGlüG BW enthaltenen Abstandsgebots zwischen Spielhallen und Kinder- und Jugendeinrichtungen ist eine Entscheidung in der Sache nicht ergangen, da die hiergegen erhobene Verfassungsbeschwerde als unzulässig zurückgewiesen wurde.

Im Folgenden sollen lediglich die Ausführungen des StGH BW zur Gesetzgebungskompetenz des Landes näher betrachtet werden. Solche finden sich vor allem im Zusammenhang mit dem Verbundverbot der §§ 42 Abs. 2 LGlüG BW, 25 Abs. 2 GlüStV, dem Abstandsgebot nach §§ 42 Abs. 1 LGlüG BW, 25 Abs. 1 GlüStV und der Regelung des § 43 Abs. 1 LGlüG BW über Einlasskontrollen und Personalienfeststellungen.

Die Gesetzgebungskompetenz des Landes für das Verbundverbot sieht der StGH BW nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG als gegeben an. Zwar tritt er der in der Literatur zum Teil vertretenen extensiven Auslegung des Kompetenztitels für das Recht der Spielhallen ausdrücklich entgegen und folgt im Ansatz der herrschenden Ansicht, nach der mit diesem Begriff lediglich auf den Regelungsbereich des bisherigen § 33i GewO, nicht jedoch auf die in §§ 33c-h GewO geregelte Materie Bezug genommen wird¹². Das Verbot von Spielhallen in einem baulichen Verbund sei von der Landeskompetenz jedoch gedeckt, weil es ortsgebundene Er-

² Seit dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag finden sich Regelungen über Spielhallen erstmals im Glücksspielstaatsvertrag 2012 (GlüStV). Alle Bundesländer haben zwischenzeitlich weitergehende Vorschriften in ihren Ausführungsgesetzen oder in eigenen Spielhallengesetzen erlassen. Einige Länder, z.B. Berlin und Hamburg, gehen dabei über den Rahmen des GlüStV 2012 hinaus.

³ Wolfarth spricht im Titel seines Beitrags in der LKRZ 2012, 81 ff. bezeichnend von einer „Länderoffensive gegen unbegrenztes Wachstum von Spielhallen“.

⁴ Vgl. etwa Ennuschat/Brugger, ZfWG 2006, 292 ff.; Kluth, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG; Pieroth/Lammers, GewArch 2012, 1 ff.; Pieroth/Kolbe, in: Hartmann/Pieroth, Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, S. 15 ff.; Weidemann/Krappel, NVwZ 2013, 673 ff.; Degenhart, Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes; Schneider, GewArch 2013, 137 ff.; a.A. Dietlein, ZfWG 2008, 12 ff.; Pagenkopf, NJW 2012, 2918 (2922).

⁵ Vgl. z.B. Pieroth/Lammers, GewArch 2012, 1 (4 f.) für die Regelung des § 4 Abs. 2 SpielhG Berlin.

⁶ OVG Lüneburg, Beschl. v. 15.04.2014 – 7 ME 121/13 –, BeckRS 2014, 50142; VGH Mannheim, Beschl. v. 04.04.2014 – 6 S 1795/13 –, NVwZ-RR 2014, 643 (643 f.); OVG Hamburg, Beschl. v. 24.06.2014 – 4 Bs 279/13 –, BeckRS 2014, 53501; OVG Koblenz, Urt. v. 26.08.2014 – 6 A 10098/14.OVG –, BeckRS 2014, 56246; VG Berlin, Urt. v. 01.03.2013 – VG 4.K 336/12 –, BeckRS 2013, 49054.

⁷ BayVerfGH, NVwZ 2014, 141 (141 f.). Weil der BayVerfGH Verstoß gegen Bundesrecht nur insoweit prüft, als sie das in der Bayerischen Verfassung verankerte Rechtsstaatsprinzip verletzen, nimmt er eine Verfassungswidrigkeit unter diesem Gesichtspunkt nur an, wenn sie „offen zu Tage tritt“ und „als schwerwiegender Eingriff in die Rechtsordnung zu werten ist“, d.h. er rügt allein „eine besonders krasse Verletzung“. Angesichts der unterschiedlichen Auffassungen zur Kompetenzfrage in der Literatur sah das Gericht jedenfalls keine „besonders krasse Verletzung“; entsprechend apodiktisch fiel auch seine Begründung aus.

⁸ StGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 –, GewArch 2014, 374 (LS; abrufbar).

⁹ VerfGH Berlin, Beschl. v. 20.06.2014 – VerfGH 96/13 –, GewArch 2014, 374 (LS; abrufbar).

¹⁰ Gesetz zu dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag und zu dem Staatsvertrag über die Gründung der GKL Gemeinsame Klassenlotterie der Länder vom 26.06.2012 (GBl. S. 385).

¹¹ Landesglücksspielgesetz vom 20.11.2012 (GBl. S. 604).

¹² StGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 –, S. 75 f.

laubnisvoraussetzungen betreffe, die wie die personellen Erlaubnisvoraussetzungen in den Regelungsbereich des § 33i GewO fielen. Ein Bedürfnis nach einer länderübergreifenden Regelung bestehe nicht. Auch die Sperrwirkung des § 3 SpielV nach Art. 72 Abs. 1 GG stehe dem Verbundverbot nicht entgegen, da die angegriffenen Vorschriften – wenn gleich jede restriktive Regulierung von Spielhallen letztlich mittelbar die Gesamtzahl der aufgestellten Geldspielgeräte beschränke – nicht die zahlenmäßige Begrenzung von Spielgeräten in einer Spielhalle, sondern der Zahl der Spielhallen an einem Ort beinhalten. Das Verbundverbot sei somit nicht geräte-, sondern spielhallenbezogen¹³.

Die Rechtsprechung des BVerwG zu § 33i Abs. 2 Nr. 3 GewO, nach der das Merkmal der übermäßigen Ausnutzung des Spieltriebs nur die Berücksichtigung von Spielgeräten innerhalb der betroffenen Spielhalle zulässt und die Einbeziehung benachbarter Spielhallen ausschließt, steht nach Ansicht des StGH BW der Gesetzgebungskompetenz der Länder nicht entgegen, denn die Kompetenzfrage dürfe nicht mit der Frage nach der in Ausübung der Kompetenz getroffenen Regelung vermischt werden.

Auch ein Übergriff des Landesgesetzgebers in die Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes für das Städtebaurecht („Bodenrecht“ i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) wird vom StGH BW verneint. Dieses umfasse nur solche Vorschriften, die den Grund und Boden unmittelbar zum Gegenstand rechtlicher Ordnung haben, also die Beziehung des Menschen zum Grund und Boden regeln. Auf das Verbundverbot, das Spielern nach Verlassen einer Spielhalle die Möglichkeit eröffnen solle, einen inneren Abstand zum gerade beendeten Spiel zu finden und ihr Verhalten zu reflektieren, treffe das nicht zu: Es würden nicht konkurrierende Bodennutzungen und Bodenfunktionen koordiniert und in ein ausgewogenes Verhältnis gebracht, sondern Spielhallen reglementiert, um der Spielsucht zu begegnen oder dieser vorzubeugen. Das von dieser Regelung verfolgte Anliegen sei somit ein gewerberechtliches¹⁴.

Ganz ähnlich argumentiert der StGH BW im Hinblick auf die Gesetzgebungskompetenz des Landes für das in § 42 Abs. 1 LGlüG BW enthaltene Abstandsgebot zwischen Spielhallen. Auch diese Regelung lasse sich aufgrund ihres Regelungsziels, eine übermäßige Ausnutzung des Spieltriebs zu verhindern, dem Regelungsbereich des bisherigen § 33i GewO zuordnen. Da das Abstandsgebot an die konkrete Situation vor Ort anknüpfe, fehle es auch insoweit nicht an einem regionalen Bezug¹⁵.

Ebenso wenig greife die Regelung von Einlasskontrollen und Personalienfeststellung in § 43 Abs. 1 S. 2 LGlüG BW in den Kompetenzbereich für die öffentliche Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG über. Es handele sich um eine betreiberbezogene Pflicht zur Sicherstellung des Spieler- und Jugendschutzes. An der örtlichen Radizierung fehle es nicht, da dieses Kriterium „richtigerweise“ so zu verstehen sei, dass es sich nicht nur aus dem Bezug zu einem einzelnen Spielhallenstandort ergeben könne, sondern auch dann erfüllt sein könne, wenn auf alle Einrichtungen eines bestimmten Landes Bezug genommen werde, aber die Notwendigkeit für eine bundeseinheitliche Regelung nicht gegeben sei¹⁶.

III. Der Beschluss des VerfGH Berlin

Der Beschluss des VerfGH Berlin vom 20.06.2014 ist auf die Verfassungsbeschwerde des Geschäftsführers eines Spielhallenbetreibers ergangen. Der Beschwerdeführer war vom Amtsgericht und vom Kammergericht wegen der – nach § 6

Abs. 1 Spielhallengesetz Berlin (SpielhG Berlin)¹⁷ verbotenen – unentgeltlichen Abgabe von Getränken sowie wegen des Verstoßes gegen das in § 4 Abs. 2 SpielhG Berlin geregelte Verbot der Aufstellung von Spielgeräten in Zweiergruppen und das Gebot der Anbringung einer Sichtblende zu Geldbußen verurteilt worden. Vor dem VerfGH rügte er insbesondere die Verfassungswidrigkeit der genannten Regelungen wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz des Landes Berlin.

Der VerfGH hat die Verfassungsbeschwerde vollumfänglich zurückgewiesen. Die in § 4 Abs. 2 SpielhG Berlin normierten Anforderungen an die Aufstellung von Geldspielgeräten in Spielhallen und die Beschränkung der Abgabe von Speisen und Getränken in Spielhallen nach § 6 Abs. 1 SpielhG Berlin seien von der Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gedeckt. Den Ländern sei durch die Föderalismusreform I die Gesetzgebungskompetenz für alle Normen übertragen worden, die den Betrieb der Spielhalle einschließlich der räumlichen Gegebenheiten vor Ort betreffen. Dies entspreche dem begrenzten räumlichen Geltungsbereich der personen- und ortsgebundenen Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO und der unmittelbar damit verknüpften untergesetzlichen Regelungen. Demgegenüber sei dem Bund die Zuständigkeit für die Regelung der Beschaffenheit der Spielgeräte als solche verblieben. Einheitliche bundesgesetzliche Regelungen blieben für die technischen Modalitäten erforderlich, um Spielgeräte bundesweit unter gleichen Bedingungen vertreiben und aufstellen zu können¹⁸.

Demnach seien die Vorschriften des SpielhG Berlin über den erforderlichen Abstand zwischen Spielgeräten und das Erfordernis von Sichtblenden von der Landeskompetenz erfasst. Diese Regelungen beträfen nicht die technische Beschaffenheit von Spielgeräten, sondern die räumliche Ausgestaltung vor Ort. Für eine bundeseinheitliche Regelung, die gem. §§ 33c bis e GewO nur erforderlich sei, um einheitliche technische Anforderungen an Spielgeräte zu gewährleisten, bestehe kein Bedarf. Daher sei das Land Berlin nach Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG zur Ersetzung der bundesrechtlichen Regelungen der Spielverordnung über die Geräteaufstellung befugt¹⁹.

Auch die Vorschriften über die Abgabe von Speisen und Getränken beträfen nicht die technische Beschaffenheit von Spielgeräten, sondern den von § 33i GewO geregelten Betrieb des Unternehmens und seien mithin kompetenzgemäß erlassen worden. Diese Vorschriften sollten den Anreiz reduzieren, sich übermäßig lang in der Spielhalle aufzuhalten und dienten somit der Suchtprävention. Damit ersetzten sie den bisherigen Versagungsgrund für die Erteilung von Spielhallenerlaubnissen nach § 33i Abs. 2 Nr. 3 GewO²⁰.

IV. Kritische Würdigung

Die Erwägungen, mit denen der StGH BW und der VerfGH Berlin die Gesetzgebungsbefugnis der Länder mit Blick auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG²¹ begründen, vermögen nicht zu

¹³ StGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 –, S. 77.

¹⁴ StGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 –, S. 78.

¹⁵ StGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 –, S. 88 f.

¹⁶ StGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 –, S. 99 f.

¹⁷ Gesetz zur Regelung des Rechts der Spielhallen im Land Berlin vom 20.05.2011 (GVBl. S. 223).

¹⁸ VerfGH Berlin, Beschl. v. 20.06.2014 – VerfGH 96/13 –, S. 12.

¹⁹ VerfGH Berlin, Beschl. v. 20.06.2014 – VerfGH 96/13 –, S. 12 f.

²⁰ VerfGH Berlin, Beschl. v. 20.06.2014 – VerfGH 96/13 –, S. 13.

²¹ Der Problematik der Kompetenzgrundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG und der Planungshoheit der Gemeinden kann hier aus Raumgründen nicht weiter nachgegangen werden.

überzeugen. Beide Landesverfassungsgerichte überdehnen im Ergebnis die Zuständigkeit für das Recht der Spielhallen zulasten der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes.

1. Fehlende Auseinandersetzung mit der Kompetenz (des Bundes) für das gewerbliche Spielrecht

Unzureichend ist die Argumentation der Gerichte bereits deshalb, weil eine nennenswerte Auseinandersetzung mit der Frage, welche Aspekte des gewerblichen Spielrechts durch die Föderalismusreform I nicht betroffen sind und damit weiterhin der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes zugehören, nicht stattfindet. Wie bereits einleitend ausgeführt wurde, steht unabhängig davon, welcher Auslegungsmöglichkeit des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG der Vorzug gegeben wird, fest, dass das auf die Länder übergangene „Recht der Spielhallen“ nicht die gesamte Materie des Spiels an Geldspielgeräten erfasst. Angesichts dieses Befundes kann nicht grundsätzlich in Abrede gestellt werden, dass es – betrachtet man das Spiel an Geldspielgeräten als Ganzes – einen Bereich gibt, der der konkurrierenden Gesetzgebung von Bund und Ländern unterliegt, und einen anderen, der seit der Föderalismusreform I den Ländern vorbehalten ist.

Die Verteilung der Gesetzgebungsbefugnisse im Grundgesetz beruht auf dem Prinzip der Ausschließlichkeit und Alternativität von Kompetenzzuweisungen²² und damit auf der Vorstellung, dass ein und derselbe Regelungsgegenstand nicht verschiedenen Kompetenzträgern zugeordnet werden kann²³. Die Abgrenzungsfunktion der Kompetenzordnung verlangt daher eine eindeutige Zuordnung einer Regelungsmaterie zu einer Gesetzgebungskompetenz²⁴. Auf den vorliegenden Zusammenhang zugespitzt: Schafft das Grundgesetz einen Kompetenztitel für das Recht der Aufstellung von Geldspielgeräten und einen anderen für das Recht der Spielhallen, kann die Aufstellung von Geldspielgeräten in Spielhallen nur unter den einen oder den anderen, nicht jedoch unter beide fallen²⁵. Wird die Materie durch Auslegung einem der Kompetenztitel zugeordnet, wird sie damit zugleich aus dem anderen ausgeschlossen. Jede Bestimmung des „Rechts der Spielhallen“ definiert somit zugleich mittelbar die Bundeskompetenz für das gewerbliche Spielrecht. Für den Verfassungsinterpreten bedeutet dies, dass bei der Auslegung und Subsumtion stets beide in Betracht kommenden Kompetenznormen in den Blick zu nehmen sind.

Aus diesem Grund genügt es nicht, wenn der StGH BW und der VerfGH Berlin ersichtlich nur nach Argumenten suchen, die für eine Zuordnung eines bestimmten Regelungsgegenstandes zu einer von mehreren in Betracht kommenden Kompetenznormen sprechen, und Argumente für eine abweichende Zuordnung gar nicht erst erwogen werden. Hierdurch wird die eine Hälfte der zu bewältigenden verfassungsrechtlichen Problematik von vornherein ausgeblendet, sodass gegen die Argumentation der Vorwurf der Einseitigkeit zu erheben ist, welche sich schließlich in unzutreffenden Ergebnissen widerspiegelt.

2. Argumentative Brüche in der Entscheidung des StGH BW

Gegen die Entscheidung des StGH BW ist weiterhin einzuwenden, dass dieser zwar vordergründig der in der Literatur mehrheitlich vertretenen Auffassung folgt, die eine Abgrenzung anhand der bisherigen Regelungen der Gewerbeordnung befürwortet, diesen Ansatz bei der Subsumtion an den entscheidenden Stellen jedoch wieder verlässt, sodass Ergebnisse erzielt werden, die im Widerspruch zu dem vom Gericht selbst gewählten rechtlichen Ausgangspunkt stehen.

a) Zutreffender Ausgangspunkt der Entscheidung

Zuzustimmen ist dem StGH BW allerdings zunächst darin, dass er einer extensiven Auslegung des Rechts der Spielhallen ausdrücklich entgegentritt und für die Abgrenzung der Kompetenzbereiche auf die bisherigen Regelungen der §§ 33c bis i GewO zurückgreifen will²⁶. In der Tat sprechen für diese Ansicht, die auch im Schrifttum überwiegend vertreten wird, die weitaus besseren Argumente, die an dieser Stelle nur kurz skizziert werden sollen:

Erstens entspricht der genannte Auslegungsansatz dem Ablauf der politischen Debatte um die Föderalismusreform I, bei der so vorgegangen worden ist, dass bestimmte einfachrechtliche Vorschriften – darunter § 33i GewO, jedoch ausdrücklich nicht die §§ 33c ff. GewO – identifiziert worden sind, für welche die Gesetzgebungskompetenz auf die Länder übergehen sollte²⁷.

Zweitens sprechen für eine solche Auslegung systematische Gründe, weil mit dem Inhalt der bisherigen einfachrechtlichen Vorschriften ein Abgrenzungskriterium zur Verfügung steht, welches eine einheitliche Handhabung aller nunmehr aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ausgeschlossener Rechtsbereiche ermöglicht, also etwa auch des Gaststättenrechts und des Ladenschlussrechts.

Drittens fehlt es an überzeugenden Alternativen: Zum einen hilft die Frage, ob eine Regelung an eine Spielhalle oder an das Aufstellen von Geldspielgeräten anknüpft, gerade in den problematischen Fällen nicht weiter, weil die hier in Rede stehenden Regelungen zwar vordergründig Spielhallen zum Gegenstand haben, ihre inhaltliche Rechtfertigung jedoch aus der Bekämpfung von Gefahren ziehen, die Spielhallen deshalb und nur deshalb aufweisen, weil dort Geldspielgeräte aufgestellt werden. Die Unterscheidung zwischen gerätebezogenen und spielhallenbezogenen Regelungen, die auch der StGH BW heranzieht²⁸, mag daher einen ersten Anhaltspunkt für die Abgrenzung bieten, eine Lösung der Zweifelsfälle vermag sie nicht zu leisten.

Zum anderen bietet auch der immer wieder bemühte Gesichtspunkt der lokalen oder örtlichen Radizierung kein tragfähiges Abgrenzungskriterium: Dessen Heranziehung kann sich zwar auf die Entstehungsgeschichte der Föderalismusreform I berufen²⁹, sein Inhalt ist jedoch nebulös und auch die Gerichte und Autoren, die maßgeblich auf dieses Kriterium abstellen, konnten bisher nicht klären, was der

²² Isensee, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, § 133 Rn. 98 ff.; Rojek, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 70 Rn. 1.

²³ BVerfGE 36, 193 (202 f.); 61, 149 (204); 106, 62 (114); Rojek, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 70 Rn. 11; Rengeling, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, § 135 Rn. 41.

²⁴ Kombinationen mehrerer Kompetenztitel sind allenfalls dort möglich, wo es um gleichartige Kompetenzen geht; dazu näher Rengeling, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, § 135 Rn. 41 m.w.N. Eine Kompetenzkombination hat das BVerfG etwa jüngst für die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Regelung einer Sonderabgabe zur Finanzierung des Deutschen Weinfonds angenommen, die von Art. 74 Abs. 1 Nr. 17 und Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 „jedenfalls in ihrer Kombination“ getragen werde (BVerfG, Beschl. v. 06.05.2014 – 2 BvR 1139/12 u.a. –, Rn. 111).

²⁵ Vgl. auch BVerfGE 36, 193 (201 ff.), wonach ein Zeugnisverweigerungsrecht für Presseangehörige im Strafprozess der Gesetzgebungskompetenz für das gerichtliche Verfahren (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) und nicht der Landeskompentenz für das Presserecht zuzuordnen ist.

²⁶ StGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 –, S. 75 ff.

²⁷ Vgl. Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, zugeleitet durch das Bundesministerium der Justiz unter dem 28.07.2004, PAU 5-0020; Schneider, GewArch 2009, 265 (268); Degenhart, Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, S. 66; Schönleiter, GewArch 2006, 371 (372).

²⁸ Vgl. StGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 –, S. 77.

²⁹ Vgl. Schneider, GewArch 2009, 265 (267); Degenhart, Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, S. 66 jeweils m.w.N.

verfassungsändernde Gesetzgeber damit eigentlich gemeint hat. Stattdessen entwickeln sie bestenfalls ein eigenes Verständnis dieses Topos, welches dann der Abgrenzung zugrunde gelegt wird – mit historischer Auslegung und der Entstehungsgeschichte hat eine solche Verfahrensweise allerdings kaum noch etwas zu tun.

Die Schwierigkeiten, die der Versuch, die Abgrenzung nach dem Kriterium der lokalen Radizierung vorzunehmen, mit sich bringt, lassen sich exemplarisch an der vorliegenden Entscheidung des StGH BW verdeutlichen: Das Gericht betont – ohne nähere Begründung – mehrfach, dass das Kriterium der örtlichen Radizierung „richtigerweise“ so zu verstehen sei, dass sich diese nicht nur aus dem Bezug zu einem einzelnen Spielhallenstandort ergeben könne; es könne vielmehr auch dann erfüllt sein, wenn auf alle Einrichtungen eines bestimmten Landes Bezug genommen werde, aber die Notwendigkeit für eine bundeseinheitliche Regelung nicht gegeben sei³⁰. Vergegenwärtigt man sich, dass die Funktion des Kriteriums bei den Verhandlungen über die Föderalismusreform I darin bestand, Bereiche des Gewerberechts, für die der Bund zuständig bleiben sollte, von solchen zu unterscheiden, die in die Kompetenz der Länder übergehen sollten, vermag jedoch weder das Vorhandensein eines bestimmten Standortes noch die Bezugnahme eines Gesetzes auf „alle Einrichtungen eines Landes“ diesen Topos überzeugend auszufüllen. Denn weder das eine noch das andere ist ein Spezifikum der durch die Föderalismusreform I auf die Länder übertragenen Rechtsmaterie: Ein bestimmter Standort ist im stehenden Gewerbe definitionsgemäß vorhanden und die Bezugnahme auf „alle Einrichtungen eines Landes“ ist zwangsläufig die Folge des beschränkten räumlichen Geltungsbereichs einer landesgesetzlichen Regelung. Letztlich verbleibt von den in der Entscheidung des StGH BW genannten Gesichtspunkten damit nur die Frage nach der Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung. Dies ist aber gewissermaßen die *Urfrage*, die der verfassungsändernde Gesetzgeber im Rahmen der Föderalismusreform I zu beantworten hatte und die er mit dem Kriterium der lokalen Radizierung zu beantworten versucht hat. Argumentiert man wie der StGH BW, schließt sich an dieser Stelle somit ein logischer Zirkel, der in der Entscheidung nur deshalb nicht offen zu Tage tritt, weil das Gericht darauf verzichtet, für das vermeintliche Fehlen eines Bedürfnisses nach einer bundeseinheitlichen Regelung eine Begründung anzugeben.

Zu solchen Schwierigkeiten kommt hinzu, dass die Verfassungsinterpretation nicht daran vorbeigehen darf, dass die Neuverteilung der Gesetzgebungskompetenzen im Rahmen der Föderalismusreform I letztlich nicht durch Deduktion aus einem übergeordneten Prinzip – der örtlichen Radizierung –, sondern im Wege des politischen Kompromisses vorgenommen worden ist. Das Dezinionistische, das einem solchen Kompromiss anhaftet, schließt es aus, diesem Topos in der Auslegung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG mehr Bedeutung zuzumessen als der eines bloßen Indiz für den Willen des Gesetzgebers.

b) Inkonsistenz zwischen Obersatz und Subsumtion

Dass der StGH BW seinen im Obersatz befürworteten rechtlichen Ansatz zur Auslegung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG im Folgenden nicht konsequent umsetzt, zeigt sich besonders deutlich bei seinen Ausführungen zur Bedeutung der Rechtsprechung des BVerwG zu § 33i Abs. 2 GewO. Denn nach dieser Rechtsprechung erfassen die Versagungsgründe des § 33i Abs. 2 Nr. 2 und 3 GewO nur solche Gefahren, die

von dem Betrieb der Spielhalle und ihren Räumen selbst ausgehen³¹. Hiernach konnte im Rahmen des § 33i Abs. 2 GewO also gerade nicht darauf abgestellt werden, dass eine Spielhalle aufgrund des Vorhandenseins benachbarter Spielhallen den Erfordernissen der Glückspielprävention widersprach. Ein Mindestabstand zwischen Spielhallen, wie er in den Neuregelungen der Länder vorgesehen ist, ließ sich mit dieser Vorschrift demnach nicht erzwingen.

Wenn der StGH in diesem Zusammenhang argumentiert, die Frage nach der landesrechtlichen Kompetenz könne nicht mit der Frage nach der in Ausübung dieser Kompetenz getroffenen Regelung vermenget werden³², kann dies nur so verstanden werden, dass nach Ansicht des StGH der Landesgesetzgeber auch zu Regelungen befugt ist, die inhaltlich über das hinausgehen, was bisher in § 33i GewO geregelt war. Damit verlässt der StGH aber den von ihm selbst ausdrücklich befürworteten Auslegungsansatz, dessen Kernthese es ist, dass das Recht der Spielhallen im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG mit dem Regelungsbereich des § 33i GewO übereinstimmt. Richtig ist zwar, dass der Landesgesetzgeber nicht darauf beschränkt sein kann, die bisherigen bundesrechtlichen Regelungen beizubehalten, sondern das auf ihn übertragene Rechtsgebiet fortentwickeln darf³³ – dies ist selbstverständlich, weil anderenfalls die Übertragung der Gesetzgebungsbefugnis inhaltsleer wäre. Die „Fortentwicklung des Rechtsgebiets“ muss sich jedoch ebenso selbstverständlich im Rahmen der übertragenen Kompetenz halten. Die Grenzziehung zwischen erlaubter Fortentwicklung und unzulässiger Ausdehnung des Regelungsbereichs mag im Einzelfall schwierig sein; letztere liegt jedoch jedenfalls dann vor, wenn mit landesrechtlichen Regelungen wie den Abstandsregelungen Gefahren bekämpft werden, die nach der vom verfassungsändernden Gesetzgeber vorgefundenen Auslegung des § 33i GewO bei der Erteilung der Spielhallenerlaubnis außer Betracht bleiben mussten.

3. Unzutreffender Auslegungsansatz beim VerfGH Berlin

a) Räumlicher Geltungsbereich des § 33i GewO als maßgebliches Kriterium?

Anders als der StGH BW folgt der VerfGH Berlin der auf den Inhalt der bisherigen Vorschriften der Gewerbeordnung abstellenden Auslegung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bereits im Ausgangspunkt nicht. Zwar stellt auch der VerfGH Berlin kurz den Verlauf der politischen Diskussion über die Kompetenzübertragung im Vorfeld der Föderalismusreform I dar; er unterschlägt dabei auch nicht, dass sich der Vorschlag einer „Übertragung der Kompetenz für die Regelungsgegenstände der §§ 33c bis h GewO“ im Ergebnis nicht durchsetzen konnte³⁴. Aus diesem Ablauf zieht er jedoch einen fundamental anderen Schluss als die herrschende Ansicht: Die Kompetenz der Länder erstreckte sich auf alle Normen, die den „begrenzten räumlichen Geltungsbereich der personen- und ortsgebundenen Spielhallenerlaubnis“ betreffen³⁵. Nicht auf den Inhalt oder den sachlichen Anwendungsbereich der bisherigen Regelungen soll es mithin ankommen, sondern auf den räumlichen Anwendungsbereich – und maßgeblicher Raum ist für den VerfGH Berlin

³⁰ StGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 –, S. 75 f., 100.

³¹ Zu § 33i Abs. 2 Nr. 2 GewO BVerwG NVwZ 2003, 602 (603); zu § 33i Abs. 2 Nr. 3 GewO BVerwG, GewArch 1985, 64.

³² StGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 –, S. 77.

³³ Vgl. StGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 –, S. 77.

³⁴ VerfGH Berlin, Beschl. v. 20.06.2014 – VerfGH 96/13 –, S. 11 f.

³⁵ VerfGH Berlin, Beschl. v. 20.06.2014 – VerfGH 96/13 –, S. 12.

die Spielhalle. Mit anderen Worten: Alles, was in der Spielhalle geschieht, soll demnach Recht der Spielhallen sein.

Warum der VerfGH Berlin für diese Argumentation überhaupt die Gesetzgebungsgeschichte der Föderalismusreform I bemüht, bleibt unklar, denn diese hat mit der gezogenen Schlussfolgerung nichts zu tun. Im Gegenteil: Durch seine Ausführungen zur Genese der Föderalismusreform I liefert der VerfGH den zentralen Einwand gegen das von ihm gefundene Abgrenzungskriterium gleich mit. Die bewusste Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers gegen eine Übertragung der Gesetzgebungsbefugnis für die §§ 33c bis h GewO impliziert nämlich, dass der Inhalt dieser Regelungen auch nach der Reform noch von der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz umfasst sein sollte. Da der Regelungsinhalt der §§ 33c bis h GewO jedoch nach bisherigem Verständnis in den räumlichen Anwendungsbezug des § 33i GewO hinein reichte³⁶, ist der räumliche Aspekt gerade kein geeignetes Kriterium, um den Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers zu verwirklichen.

b) Keine Beschränkung der Bundeskompetenz auf technische Regelungen

Als unhaltbar erweist sich damit namentlich die These des VerfGH Berlin, die Trennlinie zwischen der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz und der ausschließlichen Landeskompetenz sei so zu ziehen, dass Regelungen der technischen Beschaffenheit von Spielgeräten ersterer zuzuordnen seien, während die Kompetenz für die Regelung des Spielhallenbetriebs „vor Ort“ einschließlich der räumlichen Gegebenheiten auf die Länder übergegangen sei. Richtig ist insoweit, dass die Bundeskompetenz unter anderem die technischen Regelungen umfasst – dies entspricht der Zielsetzung des verfassungsändernden Gesetzgebers, die Verkehrsfähigkeit von Spielgeräten im gesamten deutschen Wirtschaftsraum nicht zu gefährden³⁷. Für die vom VerfGH vorgenommene Beschränkung der Bundeskompetenz auf solche technische Regelungen fehlt es aber schlicht an einer tragfähigen Begründung.

Es ist insbesondere keineswegs so, dass in den §§ 33c bis h GewO bisher ausschließlich Regelungen über technische Anforderungen an Spielgeräte enthalten waren, während alle anderen Vorschriften als Vorschriften über den Betrieb von Spielhallen dem Regelungsbereich des § 33i GewO zuzuordnen waren. Im Wesentlichen mit technischen Fragen befasst sich nach der Gewerbeordnung vielmehr allein die Regelung über die Bauartzulassung von Spielgeräten in § 33e GewO, während namentlich § 33c GewO deren Aufstellung (in Spielhallen und anderenorts) betrifft. Auch die bei der Aufstellung einzuhaltenden Abstände, wie sie in der Spielverordnung geregelt werden, wurden bislang dem Bereich des § 33c GewO und nicht demjenigen des § 33i GewO zugeordnet³⁸. Diese Zuordnung ist für die überkommene Rechtslage, worauf im Schrifttum zu Recht hingewiesen wird, im Hinblick auf die Entwicklung der Gewerbeordnung – derartige Vorschriften über die Aufstellung existierten schon, als es noch keine Ermächtigungsgrundlage zur Durchführung des § 33i GewO gab – zwingend³⁹.

Aufgrund des Umstandes, dass die historische Auslegungsmethode nicht für, sondern gegen die Einbeziehung von Regelungsgegenständen der bisherigen §§ 33c bis h GewO in das Recht der Spielhallen spricht, könnte der vom VerfGH Berlin vertretenen Abgrenzung somit nur dann gefolgt werden, wenn eine andere Auslegungsmethode dieses Ergebnis rechtfertigen würde. Hierfür ist nichts ersichtlich und der

VerfGH Berlin bringt selbst auch keine entsprechenden Argumente vor.

c) Exkurs: Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 100 Abs. 3 GG

Dass der VerfGH BW dem Auslegungsansatz des StGH BW ausdrücklich widerspricht, wirft die prozessuale Frage auf, ob eine Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 Abs. 3 GG erforderlich gewesen wäre. Danach müssen die Verfassungsgerichte der Länder die Entscheidung des BVerfG einholen, wenn sie bei der Auslegung des Grundgesetzes von der Entscheidung des BVerfG oder des Verfassungsgerichtes eines anderen Landes abweichen wollen.

Außer Frage steht, dass die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern nach den Vorschriften des Grundgesetzes – hier nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG – vorzunehmen ist, sodass der abweichende Auslegungsansatz die Auslegung des Grundgesetzes betrifft. Nicht erforderlich ist zudem, dass von dem Tenor einer früheren Entscheidung des BVerfG oder eines Landesverfassungsgerichts abgewichen wird; ausreichend ist bereits die Abweichung von einer entscheidungstragenden Begründung, nicht jedoch von obiter dicta⁴⁰.

Nach diesem Maßstab hätte der VerfGH Berlin die Entscheidung des BVerfG einholen müssen, denn er weicht mit seiner entscheidungstragenden Auslegung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG von dem Auslegungsansatz des StGH BW ab. Dem lässt sich nicht entgegen halten, dass letzterer bei Zugrundelegung des extensiven Auslegungsansatzes zu dem gleichen Ergebnis gekommen wäre wie mit seinem eigenen Ansatz. Auch wenn nämlich der StGH BW trotz der restriktiven Auslegung im Ergebnis die Gesetzgebungskompetenz des Landes bejaht hat, lässt sich nicht bestreiten, dass dieser Auslegungsansatz die Entscheidung trägt und nicht etwa nur obiter dictum ist, wie es insbesondere der Fall wäre, wenn sich das Gericht zu einer nicht entscheidungserheblichen Rechtsfrage geäußert hätte. Dieses Verständnis entspricht auch der Funktion des Art. 100 Abs. 3 GG, eine einheitliche Auslegung des Grundgesetzes durch die Verfassungsgerichte der Länder sicherzustellen. Eine Abweichung in der Auslegung, die die Anrufung des BVerfG rechtfertigt, besteht bereits dann, wenn zwei Landesverfassungsgerichte tatsächlich unterschiedliche Auffassungen zu derselben Norm des Grundgesetzes vertreten und nicht erst dann, wenn das erstentscheidende Gericht bei hypothetischer Zugrundelegung der anderen Rechtsauffassung ein anderes Ergebnis hätte erzielen müssen. Der VerfGH Berlin hat mithin durch das Unterlassen einer Vorlage an das BVerfG gegen seine Pflicht aus Art. 100 Abs. 3 GG verstoßen.

4. Teilweise unzutreffende Bejahung der Landeskompetenz

Es bleibt die entscheidende Frage, was genau die Länder aufgrund ihrer nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bestehenden ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz regeln dürfen. Ausgangspunkt zu ihrer Beantwortung müssen aus den be-

³⁶ Das Paradebeispiel für dieses Hineinreichen in den räumlichen Anwendungsbezug ist das Nebeneinander von Aufstellenerlaubnis nach § 33c GewO und Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO.

³⁷ Schneider, GewArch 2009, 265 (269).

³⁸ BVerfG, NVwZ 1987, 1067; BVerwG, GewArch 1985, 266; 1990, 241; Pieroth/Lammers, GewArch 2012, 1 (4); Weidemann/Krappel, NVwZ 2013, 673 (675).

³⁹ Weidemann/Krappel, NVwZ 2013, 673 (675).

⁴⁰ Dederer, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Art. 100 Rn. 370 f.; Lechner/Zuck, BVerfGG, § 85 Rn. 10; weitergehend Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber, BeckOK-GG, Art. 100 Rn. 46.

reits genannten Gründen die bisherigen Regelungen der §§ 33c bis i GewO sein⁴¹.

Unstreitig ist zunächst, dass das Recht der Spielhallen die Erlaubnispflicht von Spielhallen als solche umfasst. Die Frage, ob der Betrieb von Spielhallen einer der bisherigen Erlaubnis nach § 33i GewO entsprechenden Genehmigung bedarf, ist daher nunmehr vom Landesgesetzgeber zu beantworten. Ihm obliegt, sofern das Genehmigungserfordernis beibehalten wird, auch die nähere Ausgestaltung des Inhalts der Spielhallenerlaubnis. Problematisch ist es aber, wenn aus der Gesetzgebungskompetenz für den Erlaubnisvorbehalt als solchen auf die Befugnis des Landesgesetzgebers geschlossen werden soll, die Voraussetzung für die Erteilung der Genehmigung nach Belieben auszugestalten – und dann „erst recht“ auch noch beliebige materiell-rechtliche Anforderungen an Spielhallen als zulässig angesehen werden, die nicht als Genehmigungsvoraussetzungen ausgestaltet werden⁴².

Richtigerweise verlangt die Frage nach der Regelung der Genehmigungsvoraussetzungen eine differenzierte Antwort, weil es insoweit zwei Aspekte zu unterscheiden gilt: Zunächst und unmittelbar geht es bei der Regelung der gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer Spielhallenerlaubnis um die Festlegung des behördlichen Prüfungsprogramms. Die Frage, was die Behörde im Genehmigungsverfahren zu prüfen hat, ist in der Tat so eng mit dem Genehmigungsvorbehalt selbst verbunden, dass die Landeskompetenz zur Regelung der Erlaubnispflicht für Spielhallen auch die Kompetenz zur Festlegung der Voraussetzungen impliziert. Daher können die Länder die Erteilung der Spielhallenerlaubnis etwa auch davon abhängig machen, dass Anforderungen des Bauplanungs- und Bauordnungsrechts eingehalten werden. Auch die von einer Vielzahl anderer Genehmigungstatbestände bekannte Voraussetzung, dass „sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften“ dem Betrieb der Spielhalle nicht entgegenstehen, wäre ungeachtet des Umstandes, dass der bisherige § 33i GewO ein solches Erfordernis nicht enthält, von der Gesetzgebungskompetenz des Landes umfasst.

Soweit der Gesetzgeber allerdings als Voraussetzung für die Erteilung einer Spielhallenerlaubnis nicht allein die Beachtung bereits auf der Grundlage anderer Kompetenztitel erlassener Vorschriften verlangt, geht es nicht mehr nur um die Festlegung des behördlichen Prüfungsprogramms, sondern um die Begründung selbständiger materiell-rechtlicher Anforderungen an Spielhallen. Die Gesetzgebungskompetenz für solche materiellen Regelungen wird nicht von der Befugnis zur Schaffung eines formell-rechtlichen Erlaubnisvorbehalts impliziert, sondern bedarf der eigenständigen Begründung. Es kommt daher darauf an, ob die in Rede stehenden Voraussetzungen ihrem Inhalt nach „Recht der Spielhallen“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG sind. Anderenfalls wären beliebige Übergriffe in Sachgebiete möglich, die von anderen Kompetenztiteln erfasst werden, solange der Gesetzgeber die Beachtung der Regelung nur mit der Erteilung einer Spielhallenerlaubnis verknüpft. Es verhält sich damit genau anders herum als oben angedeutet: Der Landesgesetzgeber darf nicht beliebige Anforderungen an den Betrieb von Spielhallen stellen, weil er sie auch zu Genehmigungsvoraussetzungen erklären könnte; er kann vielmehr die Erteilung der Genehmigung – sofern keine andere Sachkompetenz eingreift oder nur bereits anderweitig geregelte Anforderungen aufgegriffen werden – nur von solchen

Voraussetzungen abhängig machen, die er auch als selbständige Anforderungen regeln könnte.

a) Keine Landeskompetenz für Regelungen über die Aufstellung von Geldspielgeräten in Spielhallen

Nach diesem Maßstab besteht zunächst keine Gesetzgebungskompetenz der Länder hinsichtlich der Frage, wie Geldspielgeräte in Spielhallen aufzustellen sind. Dieser Regelungsgegenstand war, wie bereits ausgeführt, bisher dem § 33c GewO zugeordnet und muss daher auch nach der Übertragung der Gesetzgebungskompetenz für den von § 33i GewO erfassten Bereich als Bestandteil der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG angesehen werden⁴³. Die eindeutige herkömmliche Zuordnung führt hier zu einem klaren Ergebnis.

Wegen des Fortbestehens der Bundeskompetenz sind die Länder entgegen der Auffassung des VerfGH Berlin demnach nicht befugt, die Bestimmungen des § 3 Abs. 2 SpielV durch landesgesetzliche Regelungen zu ersetzen. Art. 125a Abs. 1 GG greift nicht ein, weil es an der Voraussetzung fehlt, dass § 3 Abs. 2 SpielV infolge einer Verfassungsänderung nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte. Es kann somit dahinstehen, ob – wie der VerfGH Berlin meint⁴⁴ – die Aufstellungsregelungen des Spielhallengesetzes Berlin überhaupt den Anforderungen an eine Ersetzung von Bundesrecht durch Landesrecht nach Art. 125a Abs. 1 GG genügen würden⁴⁵.

b) Keine Landeskompetenz für Abstandsregelungen und das Verbundverbot

Schwieriger zu beantworten ist die Frage nach einer Gesetzgebungskompetenz für die Abstandsregelung des § 42 Abs. 1 LGlüG BW und das Verbundverbot nach § 42 Abs. 2 LGlüG BW. Richtigerweise handelt es sich aber auch bei diesen Regelungen nicht um Recht der Spielhallen im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG:

Wenngleich solche Regelungen Spielhallen zum Regelungsgegenstand haben, dienen sie nicht der Abwehr von Gefahren, die ihre Ursache in der konkreten Betriebsweise oder der konkreten Beschaffenheit der betroffenen Spielhallen haben; der Grund für das Abstandsgebot und das Verbundverbot liegt vielmehr darin, dass in Spielhallen überhaupt Geldspielgeräte betrieben werden. Die Regelungen dienen daher nach ihrem Schwerpunkt der Abwehr allgemeiner, abstrakter Gefahren des Spiels an Geldspielgeräten und sind deshalb als Regelungen des gewerblichen Geldspiels anzusehen⁴⁶. Als entscheidend für diese Zuordnung erweist sich die bereits oben angesprochene Rechtsprechung des BVerwG zu den Versagungsgründen des § 33i GewO, die das vom verfassungsändernden Gesetzgeber vorgefundene Verständnis der Regelung geprägt hat und die daher auch nach der

⁴¹ Vgl. dazu oben IV. 2. a).

⁴² So wohl StGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 –, S. 76: „Über die Fragen der Voraussetzungen für die Erlaubniserteilung hinaus können dabei vom Landesgesetzgeber alle Regelungen getroffen werden, die Pflichten für den Spielhallenbetreiber aufstellen. Möglich sind damit auch Auflagen, die nicht an die Erlaubniserteilung geknüpft sind, sondern gewissermaßen als Minus hierzu Betreiberpflichten regeln ...“.

⁴³ Dazu, dass die Föderalismusreform I das systematische Verhältnis zwischen Vorschriften der Spielverordnung und der Gewerbeordnung nicht berührt hat, bereits *Pieroth/Lammers*, GewArch 2012, 1 (5).

⁴⁴ VerfGH Berlin, Beschl. v. 20.06.2014 – VerfGH 96/13 –, S. 14.

⁴⁵ Dies verneint *Degenhart*, Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, S. 99 mit dem Argument, dass eine punktuelle Ergänzung keine Ersetzung sei und eine zu vermeidende Gemengelage von Bundes- und Landesrecht zur Folge habe.

⁴⁶ So auch *Degenhart*, Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, S. 89 f.

Verfassungsänderung für die Abgrenzung der Kompetenzbereich heranzuziehen ist. Nach dieser Rechtsprechung konnte die Erteilung einer Spielhallenlaubnis nach § 33i Abs. 2 Nr. 2 und 3 GewO nur wegen der konkreten Situation in der betroffenen Spielhalle abgelehnt werden; Gefahren, die erst durch die Umgebung, insbesondere durch das Vorhandensein einer benachbarten Spielhalle, verursacht wurden, waren von diesen Versagungsgründen nicht erfasst. Erst recht konnte die Versagung einer Genehmigung nach § 33i GewO selbstverständlich nicht darauf gestützt werden, dass in einer Spielhalle überhaupt Geldspielgeräte betrieben werden. Die allgemeinen, abstrakten Gefahren des Glücksspiels liegen somit – auch im Fall ihrer Kumulierung durch die räumliche Nähe mehrerer Spielhallen – außerhalb des Regelungsbereichs des § 33i GewO. Regelungen wie das Abstandsgebot und das Verbundverbot nach baden-württembergischem Landesrecht fallen mithin nicht unter die dem Landesgesetzgeber übertragene Kompetenz.

c) Landeskompentenz für die Regelung von Einlasskontrollen zum Schutz der Jugend

Von der Landeskompentenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG erfasst ist allerdings die in § 43 Abs. 1 S. 2 LGlüG BW enthaltene Regelung über die Durchführung von Einlasskontrollen in der einschränkenden Auslegung des StGH BW. Diese Vorschrift überschreitet den Regelungsbereich des § 33i GewO nicht, da § 33i Abs. 2 Nr. 3 GewO auch den Schutz der Jugend vor einer Gefährdung durch den Spielhallenbetrieb umfasst.

5. Keine Berücksichtigung von Kompetenzausübungsschranken

Es gibt noch einen weiteren Aspekt, den der StGH BW und der Berliner VerFGH in ihren Entscheidungen übergangen haben: In der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes lassen sich trotz der Abgrenzungsfunktion der Kompetenzordnung Fälle, in denen sachlich eng verbundene Regelungen unterschiedlichen Kompetenztiteln unterfallen und verschiedenen Kompetenzträgern zugewiesen sind, nicht völlig vermeiden. Dann stellt sich die Frage, welchen Anforderungen die Koordinierung der Kompetenzausübung durch Bund und Länder in verfassungsrechtlicher Hinsicht unterliegt.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG verpflichten die bundesstaatliche Kompetenzordnung und das Rechtsstaatsprinzip alle rechtsetzenden Organe, ihre Regelungen so aufeinander abzustimmen, dass die Rechtsordnung aufgrund unterschiedlicher Anordnungen nicht widersprüchlich wird⁴⁷. Das Grundgesetz lässt es demnach nicht zu, dass Bund und Länder durch die unkoordinierte Wahrnehmung ihrer jeweiligen Gesetzgebungsbefugnisse einen in sich widersprüchlichen Regelungskomplex schaffen. Insbesondere dürfen konzeptionelle Entscheidungen, die der Bundesgesetzgeber im Rahmen seiner Kompetenzen trifft, nicht durch gegenläufige Entscheidungen eines Landesgesetzgebers verfälscht werden⁴⁸.

Diese Überlegungen verlangen auch im vorliegenden Zusammenhang Beachtung: Die Entscheidung, wo, d.h. in welcher Art von Gewerbebetrieben, Spielgeräte aufgestellt und betrieben werden dürfen, gehört nach dem traditionellen Verständnis unzweifelhaft zu der in § 33c GewO geregelten Rechtsmaterie „Aufstellung von (Geld-)Spielgeräten“ und damit zur konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das Recht der Wirtschaft nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Als Teilaspekt ist hiervon auch die grundsätzliche Entscheidung über die Zulässigkeit von Betrieben um-

fasst, die ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten dienen – und bei Spielhallen handelt es sich definitionsgemäß um solche Betriebe⁴⁹. Der Bund hat von dieser Gesetzgebungsbefugnis Gebrauch gemacht und sich für die Zulässigkeit von Spielhallen entschieden. Dem liegt die gesetzgeberische Wertung des Bundes zugrunde, dass ein mit den Mitteln des Gewerberechts regulierter Spielhallenbetrieb mit den Belangen der Allgemeinheit, insbesondere dem Spielerschutz, vereinbar ist⁵⁰. Diese Entscheidung haben die Länder zu respektieren; ihnen kommt nicht die Befugnis zu, eine als unzureichend empfundene bundesgesetzliche Regelung „nachzubessern“⁵¹. Es ist den Bundesländern daher verwehrt, aufgrund ihrer eigenen gegenläufigen Bewertung der allgemeinen Gefahren des Glücks- und Gewinnspiels das Spielhallengewerbe Restriktionen zu unterwerfen, die in ihrer praktischen Wirkung einem Verbot von Spielhallen nahe kommen.

Selbst wenn angenommen würde, dass Abstandsregelungen zwischen Spielhallen vom Recht der Spielhallen im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG umfasst sind, widersprächen solche Regelungen nach diesen Grundsätzen den grundgesetzlichen Kompetenzausübungsschranken, weil sie der Grundentscheidung des Bundesgesetzgebers für die Zulässigkeit von Spielhallen, die nach gewerberechtlichen Grundsätzen betrieben werden, ihre praktische Wirkung nehmen⁵². Verlangt etwa § 42 Abs. 1 LGlüG BW einen Mindestabstand von 500 m Luftlinie, entsteht um jede vorhandene Spielhalle ein kreisförmiger „Bannbereich“ mit einer Fläche von über 0,78 km², in dem keine weiteren Spielhallen betrieben werden dürfen. Berücksichtigt man zusätzlich, dass die Gebiete, in denen Spielhallen angesiedelt werden dürfen, durch das Bauplanungsrecht beschränkt sind⁵³, liegt es auf der Hand, dass durch solche Abstandsregelungen im Ergebnis die für die Ausübung des Spielhallengewerbes zur Verfügung stehenden Örtlichkeiten stark eingeschränkt werden⁵⁴. Es wird nicht lange dauern, bis die vorhandenen Möglichkeiten vollständig aufgebraucht sind, wodurch nicht zuletzt der Markteintritt neuer Betreiber faktisch verhindert wird – im diametralen Widerspruch zum Prinzip der Gewerbefreiheit, das prägend für das gesamte Gewerberecht ist⁵⁵.

Der Erkenntnis, dass die Abstandsregelungen für Spielhallen die verfassungsrechtlichen Grenzen für die Kompetenzausübung der Länder überschreiten, weil sie nach objektiver Zielsetzung und praktischer Wirkung die verfassungsmäßig getroffene Grundentscheidung des Bundesgesetzgebers für

⁴⁷ BVerfGE 98, 106 (118 f.); 98, 265 (301); aus dem Schrifttum *Sodan/Kluckert*, NVwZ 2013, 241.

⁴⁸ BVerfGE 98, 265 (301).

⁴⁹ Vgl. § 33i Abs. 1 GewO; § 1 SpielhG Berlin.

⁵⁰ So auch *Sodan/Kluckert*, NVwZ 2013, 241 (244).

⁵¹ *Degenhart*, Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, S. 82.

⁵² Wertungswidersprüchlichkeit zur bundesrechtlichen Konzeption bejaht auch *Degenhart*, Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, S. 90. Ähnlich *Sodan/Kluckert*, NVwZ 2013, 241 (244) für den Fall erdrückender Besteuerung von Automaten aufstellern.

⁵³ Allgemein zulässig sind Vergnügungsstätten, zu denen Spielhallen gehören, nach der Baunutzungsverordnung nur in Kerngebieten, ausnahmsweise können sie in Gewerbegebieten sowie eingeschränkt auch in Dorfgebieten und in besonderen Wohngebieten zugelassen werden.

⁵⁴ Zutreffend spricht *Degenhart*, Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, S. 89, von einem „umfassenden Eindämmungskonzept“.

⁵⁵ Zur Bedeutung der Gewerbefreiheit in der historischen Entwicklung des Gewerberechts vgl. *Huber*, in: Schmidt-Aßmann/Schoch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Kap., Rn. 284 ff. m.w.N. Zu den Strukturunterschieden zwischen Gewerberecht und ordnungsrechtlich ausgerichtetem Glücksspielrecht *Pagenkopf*, NJW 2012, 2918 (2920).

die Zulässigkeit des Spielhallengewerbes aushöhlen, kann nicht mit der Überlegung begegnet werden, diese Vorschriften sollten in erster Linie einen schnellen Wechsel von einer Spielhalle in die nächste verhindern und damit Spielern die Gelegenheit geben, über ihr Verhalten zu reflektieren und hiervon gegebenenfalls Abstand zu nehmen. Es mag an dieser Stelle dahinstehen, ob es das Grundgesetz dem Staat erlaubt, rechtmäßigen Freiheitsbetätigungen seiner Bürger nach Belieben faktische Hindernisse zu bereiten, um den mündigen Bürger zu einer Reflexion seines – erlaubten, aber vermeintlich gesellschaftlich unerwünschten – Verhaltens anzuhalten; dies ist in erster Linie ein grundrechtliches Thema, auf das hier nicht näher eingegangen werden kann. In kompetenzzieller Hinsicht ist allein entscheidend, dass die hier in Rede stehenden Abstandsregelungen die Möglichkeiten, Spielhallen rechtmäßig zu betreiben, quantitativ in erheblicher Weise einschränken und damit einem Verbot von Spielhallen in der praktischen Wirkung nahe kommen, ohne dass für diese Restriktion ein Grund besteht, der über das Ziel einer allgemeinen Eindämmung des Glücksspiels hinausgeht.

Dass in den Rechtfertigungsbemühungen der Länder nicht die quantitative Beschränkung als solche, sondern die angeblich positive Beeinflussung von Spielern durch die Abstandsgebote im Vordergrund steht, stellt nichts anderes dar als einen argumentativen Kunstgriff: Die Ausdünnung eines Angebots und lange Wege für diejenigen, die es in Anspruch nehmen wollen, gehen notwendig miteinander einher und sind zwei Seiten derselben Medaille. Letztere betreffen zudem keineswegs nur Spieler, die gerade eine Spielhalle verlassen haben und auf dem Weg zu einer anderen sind, son-

dern alle Spielwilligen unabhängig von ihrem Aufenthaltsort. Die Länder – und der StGH BW sowie der VerfGH Berlin, die den Ländern insoweit folgen – heben mithin in ihrer Argumentation ohne sachlichen Grund einige Aspekte der Regelung hervor und blenden andere aus, wodurch am Ende der falsche Eindruck entstehen kann, Abstandsregelungen könnten gezielt einem bestimmten, als problematisch empfundenen Spielerverhalten entgegen wirken, während es sich bei Berücksichtigung aller Regelungswirkungen um Maßnahmen zur (annähernd) flächendeckenden Beseitigung von Spielhallen handelt. Es liegt auf der Hand, dass solche rhetorischen Tricks für die verfassungsrechtliche Bewertung keine Bedeutung haben können.

V. Fazit

Die Entscheidung des StGH BW vom 17.06.2014 und die Entscheidung des VerfGH Berlin vom 20.06.2014 vermögen, von der baden-württembergischen Regelung über Einlasskontrollen aus Gründen des Jugendschutzes abgesehen, hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz der Länder weder in der Begründung noch im Ergebnis zu überzeugen. Die Argumentationen beider Landesverfassungsgerichte sind einseitig und weisen erhebliche Lücken und innere Brüche auf. Der VerfGH Berlin überdehnt zudem die Gesetzgebungskompetenz der Länder bereits im Ansatz.

In der Sache werden die Entscheidungen weder zu einer Befriedung der Situation noch zu einem Ende der Diskussion führen, was aber wohl von vornherein nicht zu erwarten war. Eine endgültige Klärung der Auslegung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG wird somit aller Voraussicht nach erst eine Entscheidung des BVerfG bringen.

GEWERBE ARCHIV

ZEITSCHRIFT FÜR WIRTSCHAFTSVERWALTUNGSRECHT

Herausgeber:

Dr. Frank Hüpers

Unter Mitwirkung von

Dr. Sabine Hepperle

Dr. Markus Kerber

Prof. Dr. Dr. h.c. Klaus Rennert

Ulrich Schönleiter

Holger Schwannecke

Prof. Dr. Andreas Voßkuhle

Dr. Martin Wansleben

Schriftleitung

Dr. Beate Maiwald

Aus dem Inhalt

Änderung der Spielverordnung

Dr. Hans-Jörg Odenthal, Köln

Die Gesetzgebungskompetenz für Spielhallen vor den Landesverfassungsgerichten

Thomas Lammers, Köln

Quod licet Iovi? Zum Prüfungsrecht des Kammerpräsidenten über Anträge zur Tagesordnung – Zugleich eine Anmerkung zu BGH, Beschl. vom 17.12.2013 und Urteil vom 03.11.2014, AnwZ (Brfg) 68/13 –

Dr. Simon Bulla, Augsburg

Grundsätze des Handwerksrechts in Kroatien

Dr. Markus Peifer, Berlin

Übergangsregelung für die Allergeninformation. Eine vorläufige Rechtsverordnung regelt Allergeninformation bei loser Ware

Dr. Matthias Wiemers, Berlin

2/2015

Februar

Seite 49 – 96

Gildebuchverlag