

Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Peter Schneider, Hannover*

Wächter wider Willen.

Methodenkritische Bemerkungen über verfassungsrichterliche Zurückhaltung beim Grundrechtsschutz von Spielhallenbetreibern**

I. Einleitung

1. Bei Klagen von Spielhallenbetreibern gegen Vorschriften des neuen Spielhallenrechts der Länder haben verschiedene Gerichte in jüngerer Zeit die Ampeln für die Gesetzgeber zunehmend auf „grün“ und für die Betreiber auf „rot“ gestellt. Neuerdings beteiligen sich an dieser „Verkehrsregelung“ auch Landesverfassungsgerichte. Mit seiner Entscheidung vom 28.06.2013 hat zunächst der *Bayerische Verfassungsgerichtshof* (BayVerfGH) Bestimmungen im Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag (Erster GlüÄndStV)¹ und im dazugehörigen bayerischen Ausführungsgesetz (AG-GlüStV)², die in Grundrechte von Spielhallenbetreibern eingreifen, für verfassungsgemäß erklärt³. Das Gebot, zwischen Spielhallen einen Mindestabstand von 250 m Luftlinie einzuhalten (§ 25 Abs. 1 Erster GlüÄndStV, Art. 9 Abs. 3 AGGlüStV), und das Verbot, eine Spielhalle in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen zu betreiben (§ 25 Abs. 2 Erster GlüÄndStV, Art. 9 Abs. 2 S. 1 AGGlüStV), seien mit der Bayerischen Verfassung vereinbar. Auch die Übergangsregelungen für bestehende Spielhallen (§ 29 Abs. 4 Erster GlüÄndStV, Art. 11 Abs. 1 S. 2 AGGlüStV) hielten einer verfassungsrechtlichen Überprüfung stand.

Dem Verdikt aus Bayern folgte kürzlich auch der *Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg* in seinem Urteil vom 17.06.2014⁴. Das Verbundverbot (§ 42 Abs. 2 LGlüG⁵ und § 25 Abs. 2 Erster GlüÄndStV⁶) sowie das Abstandsgebot (§ 42 Abs. 1 LGlüG und § 25 Abs. 1 Erster GlüÄndStV) in Verbindung mit der Härtefallregelung (§ 51 Abs. 5 S. 1 LGlüG) seien mit den Grundrechten der Spielhallenbetreiber aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) und Art. 14 Abs. 1 GG (Eigentumsgarantie) sowie mit dem europarechtlichen Kohärenzgebot vereinbar. Lediglich in dem Umstand, dass nach § 51 Abs. 5

S. 1, 1. Halbs. LGlüG eine Befreiung vom Verbundverbot nach § 42 Abs. 2 LGlüG möglich sei, bei Spielhallen, die im Abstand bis zu 250 m zueinander lägen, dagegen nicht, erblickte der StGH eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung. Außerdem erklärte er die Verpflichtung nach § 43 Abs. 1 S. 2 LGlüG zum Abgleich von Personalien, die bei Einlasskontrollen festgestellt wurden, mit der zentralen Sperrdatei nach § 23 Abs. 1 GlüÄndStV für verfassungswidrig; sie verstoße gegen die Berufsfreiheit von Spielhallenbetreibern. Als Verletzung ihrer „Eigentumsfreiheit“ (Art. 2 Abs. 1 LV und Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) in Verbindung mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes aus Art. 23 Abs. 1 LV wertete der StGH die Stichtagsregelung (28.10.2011) in § 51 Abs. 4 S. 1 und 2 LGlüG und § 29 Abs. 4 S. 2 und 3 Erster GlüÄndStV. Auch der Termin für die Stellung eines Antrags auf Erteilung einer Spielhallenerlaubnis (28.10.2017) für die Zeit nach Ablauf der Übergangsfrist am 30.06.2017 (§ 51 Abs. 4 S. 3 LGlüG) trage der Berufsfreiheit konkurrierender Spielhallenbetreiber nicht angemessene Rechnung. Das Land

* Der Autor, emeritierter Inhaber des Lehrstuhls für Staats- und Verwaltungsrecht der Leibniz Universität Hannover, ist Geschäftsführender Direktor des Deutschen Instituts für Föderalismusforschung e.V.

** Zugleich Besprechung der Entscheidungen des VerfGH Bayern vom 28.06.2013 (Anm. 3), des StGH Baden-Württemberg vom 17.06.2014 (Anm. 4) und des VerfGH Berlin vom 20.06.2014 (Anm. 8).

¹ Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 30.06.2012 (Bay. GVBl. S. 319).
² Gesetz zur Ausführung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (AGGlüStV) vom 20.12.2007, geändert durch Gesetz vom 25.06.2012 (Bay. GVBl. S. 270).

³ VerfGH BY, Entscheidung vom 28.06.2013 – Vf. 10-VII-12 u.a. –, juris; abgedr. in: NVwZ 2014, 141-147; BayVBl 2014, 333-338.

⁴ StGH BW, Urteil vom 17.06.2014 – 1 VB 15/13 –, juris.

⁵ Gesetz zu dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag und zu dem Staatsvertrag über die Gründung der GKL Gemeinsame Klassenlotterie der Länder vom 26.06.2012 (BaWü GBl. S. 385).

⁶ Landesglücksspielgesetz vom 20.11.2012 (BaWü GBl. S. 604).

sei verpflichtet, bis zum 31.03.2015 eine verfassungskonforme Regelung zu schaffen.

Den vorläufigen Schlusspunkt setzte am 20.06.2014 der *Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin* mit einem Beschluss zur Verfassungsmäßigkeit der bußgeldbewehrten Vorschriften des Spielhallengesetzes zur Einzelaufstellung der Geldspielgeräte in Spielhallen mit Sichtschutzblenden (§ 4 Abs. 2 S. 2 SpielHG BE)⁷ und des Verbots unentgeltlicher Abgabe von Speisen und Getränken (§ 6 Abs. 1 S. 2 SpielHG BE)⁸. Die Zuständigkeit des Landes zum Erlass dieser Regelungen ergäbe sich aus Art. 70 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Spielhallen). Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab sei das in Art. 17 VvB gewährleistete Grundrecht der Berufsfreiheit. Die genannten Regelungen stellten zwar Eingriffe in die Berufsfreiheit der Spielhallenbetreiber dar, seien aber trotz ihrer Abweichung von der Spielverordnung (SpielV) kompetenzgerecht erlassen worden, weil sie insoweit gemäß Art. 125a Abs. 1 S. 1 Bundesrecht durch Landesrecht ersetzt hätten. Das Gebot der Einzelaufstellung und das Verbot unentgeltlicher Abgabe von Speisen und Getränken in Spielhallen entsprächen auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip sowie den europarechtlichen Anforderungen konsequenter und konsistenter Zweckverfolgung.

2. Die Entscheidungen der drei Landesverfassungsgerichte sind zwar in unterschiedlichen Verfahren ergangen (Popularklage in Bayern; Gesetzesverfassungsbeschwerde in Baden-Württemberg; Urteilsverfassungsbeschwerde in Berlin) und betrafen auch verschiedene Streitgegenstände, stimmten jedoch im Ergebnis darin überein, dass sie Klagen und Beschwerden der Spielhallenbetreiber – abgesehen von Einzelaspekten im baden-württembergischen Landesglücksspielgesetz – teils als unzulässig verwarfen, teils als unbegründet zurückwiesen. In den Entscheidungsgründen werden nahezu gleichlautend wiederholt drei zentrale Kontrollmaßstäbe erkenntnisleitend herangezogen, mit deren Hilfe verfassungsrichterliche Zurückhaltung geübt und den Gesetzgebern zulasten der Spielhallenbetreiber eine Art „Freibrief“ für jedwede Art von Eingriff ausgestellt wird, von dem behauptet werden kann, dass er der Bekämpfung von Spielsucht und dem Jugendschutz diene: erstens das Kriterium eines evidenten und schwerwiegenden Verfassungsverstoßes, zweitens die Zubilligung eines weiten legislativen Gestaltungs-, Einschätzungs- oder Prognosespielraums und drittens das Ziel des Schutzes eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes.

3. Aus methodischer Sicht führen alle drei Maßstäbe letztlich dazu, sich der Inhaltskontrolle zu entziehen, die richterliche Prüfungspflicht zu minimieren, die Verantwortung für Grundrechtseingriffe dem Gesetzgeber zuzuschieben, die Schutzwirkung von Kompetenzgrenzen und Grundrechten (hier: der Berufsfreiheit und der Eigentumsgarantie) auszuhebeln und somit die normative Kraft der Verfassung insgesamt zu schwächen. Es erscheint daher sinnvoller und erhellender, die Methodenwahl und das Argumentationsarsenal der drei Landesverfassungsgerichte, mit dem sie zum Schaden von Spielhallenbetreibern hantieren und judizieren, kritisch in Augenschein zu nehmen, als den nicht weniger dringlichen Nachweis zu führen, dass die Feststellungen zur materiellen Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Regelungen zumindest fragwürdig sind. Dies soll im Folgenden am Beispiel der Kompetenzprüfung (II.), der Verhältnismäßigkeitsprüfung (III.), und der Kohärenzprüfung (IV.) gesehen.

II. Kompetenzprüfung

1. Alle drei Verfassungsgerichte widmen der Kompetenzfrage besondere Aufmerksamkeit, weil die Verfassungsmäßigkeit von Grundrechtseingriffen in formeller Hinsicht davon abhängt, dass der Landesgesetzgeber für den Erlass der (inzident) angegriffenen Normen zuständig war. Die Verfassungsgerichte sind sich auch darin einig, dass mit der Föderalismusreform I lediglich die Kompetenz für das „Recht der Spielhallen“ (§ 33i GewO) aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) auf die Länder übergegangen ist, während alle weiteren auf die Geldspielgeräte und ihre Aufstellung bezogenen Vorschriften (§ 33c bis § 33h GewO) in der Zuständigkeit des Bundes verblieben sind. Aber schon bei der Frage, was zum „Recht der Spielhallen“ gehört, gehen die Meinungen auseinander. Während der VerfGH BY final argumentiert und sowohl das Verbundverbot als auch das Abstandsgebot zur Regelungsbereich des früheren § 33i GewO zählt, „weil sie nach ihrem Regelungsziel mit einer Beschränkung der räumlichen Verteilung von Spielhallen ... eine übermäßige Ausnutzung des Spieltriebs verhindern sollen“⁹, begründet der StGH BW das gleiche Ergebnis mit der Entstehungsgeschichte des neu gefassten Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG¹⁰, an die auch der VerfGH BE zum Beleg der Landeskompetenz für das Gebot der Einzelaufstellung von Geldspielgeräten sowie das Verbot der Verabreichung von Speisen und Getränken in Spielhallen anknüpft, die entsprechenden Abweichungen von § 3 Abs. 2 SpielV aber mit dem Hinweis auf Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG rechtfertigt, der dem Land die Ersetzungsbefugnis einräumt¹¹.

Besonders einfach stellte sich die Kompetenzprüfung für den VerfGH BY dar. Da in Popularklageverfahren allein die Bayerische Verfassung (BV) Prüfungsmaßstab sei und dafür nur das in Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV verankerte Rechtsstaatsprinzip in Betracht komme, sei dieses „erst dann verletzt, wenn der Widerspruch des bayerischen Landesrechts zum Bundesrecht offen zutage tritt und darüber hinaus auch inhaltlich nach seinem Gewicht als schwerwiegender Eingriff in die Rechtsordnung zu werten ist“. Nur eine besonders krasse Verletzung könne dazu führen, einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 S. 1 BV anzunehmen. Das gelte auch für die Beurteilung der Frage, ob der Landesgesetzgeber die bundesrechtliche Kompetenzordnung eingehalten habe¹². Dass die angegriffenen Verbundverbots- und Abstandsgebotsregelungen in Art. 9 Abs. 2 S. 1 und 9 Abs. 3 AGGlStV weder evidente Verstöße gegen die Kompetenzordnung noch besonders gravierende Eingriffe in die Rechtsordnung darstellen, ließ sich leicht begründen. Folglich konnte der VerfGH BY auch keine Zuständigkeitsmängel erkennen.

3. Der StGH BW behandelte die Kompetenzfrage schon intensiver und gründlicher. Er verfolgte zunächst auch die richtige Spur und knüpfte zur Begründung der Übertragung des Spielhallenrechts auf die Länder an die Entstehungsgeschichte des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG an, der er das Merkmal der „lokalen Radizierung“ bei Regelungen entnahm, die neben ihrem Ortsbezug keine darüber hinausgehenden Wirkungen entfalten. Dieses Kriterium sei jedoch „richtigerwei-

⁷ Gesetz zur Regelung des Rechts der Spielhallen im Land Berlin vom 20.05.2011 (Berl GVBl. S. 223).

⁸ VerfGH BE, Beschluss vom 20.06.2014 – VerfGH 96/13 –, juris.

⁹ VerfGH BY, a.a.O. (Anm. 3), Rn. 81.

¹⁰ StGH BW, a.a.O. (Anm. 4), Rn. 309-316.

¹¹ VerfGH BE, a.a.O. (Anm. 8), Rn. 46-53.

¹² VerfGH BY, a.a.O. (Anm. 3), Rn. 77 f.

se so zu verstehen, dass es sich nicht nur aus dem Bezug zu einem einzelnen Spielhallenstandort ergeben kann, sondern vielmehr auch daraus, dass eine Regelung für alle Einrichtungen eines bestimmten Landes (aber eben nicht bundesweit) getroffen wird und dabei gegebenenfalls auch auf örtliche Besonderheiten und besondere Bedürfnisse oder Gebräuche eines Landes Rücksicht genommen werden kann¹³. Mit einer solchen Ausdehnung des Verständnisses von „lokaler Radizierung“ zu einem landesweit geltenden „regionalen“ Maßstab wird dieser Begriff jedoch völlig sinnentleert und seiner Funktion als Kompetenzbegrenzungskriterium beraubt. Denn danach wären sämtliche Regelungen in allen Spielhallengesetzen der Länder „eo ipso“ örtlich verwurzelt und das Kompetenzproblem im Wege eines Zirkelschlusses erledigt.

Einen zweiten Widerspruch leistet sich der StGH BW bei der Frage, in welcher Form die einfachgesetzliche Norm des § 33i GewO in Landesrecht überführt worden ist. Auch hier stellt das Gericht anfangs zutreffend fest, dass der Verfassungsgeber eine normativ ausgeformte Materie vorgefunden habe, so dass für die Auslegung des Begriffs „Recht der Spielhallen“ davon auszugehen sei, dass „die einfachgesetzliche Ausformung in der Regel den Zuweisungsgehalt auch der Kompetenznorm bestimmt“¹⁴. Damit wäre für die Zuständigkeitsabgrenzung auch die gesamte Rechtsprechung des BVerwG zu § 33i GewO maßgebend gewesen, wonach das Merkmal der übermäßigen Ausnutzung des Spielbetriebs als Erlaubnisversagungsgrund nur auf die Spielgeräte innerhalb einer Spielhalle zu beziehen sei, nicht auch auf benachbarte Spielhallen¹⁵.

An dieser Stelle verlässt der StGH jedoch den „Pfad der Tugend“ und gibt seinen richtigen normativ-rezeptiven Ansatz wieder auf, indem er erklärt, dass „der Landesgesetzgeber ... dabei an einer Fortentwicklung des ihm übertragenen Rechtsgebiets nicht gehindert“ sei¹⁶. Weiter heißt es: „Die Frage nach der landesrechtlichen Kompetenz kann allerdings nicht mit der Frage nach der in Ausübung dieser Kompetenz getroffenen Regelung vermengt werden. Die Rechtsprechung des BVerwG bezog sich auf die damalige Fassung des § 33i Abs. 2 Nr. 3 GewO und steht der Schaffung eines neuen Versagungsgrundes durch den Landesgesetzgeber nicht entgegen“¹⁷. Es kann jedoch nur eines gelten: Entweder wird die Zuständigkeit für die Regelung des „Rechts der Spielhallen“ nach der normativ-rezeptiven Methode unter Einbeziehung der Judikatur des BVerwG bestimmt mit der Folge, dass dem Landesgesetzgeber für eine Erweiterung dieses Regelungsbereichs die Kompetenz fehlt. Oder, wenn dies zulässig sein soll, ist der Rekurs auf die normative „Vorprägung“ dieses Bereichs zur Kompetenzbestimmung nutzlos und überflüssig. Tertium non datur.

4. Gleichwohl verfolgte der VerfGH BE einen dritten Weg. Zunächst stellte er fest, dass die angegriffenen Vorschriften des § 4 Abs. 2 S. 2 SpielHG BE (Gebot der Einzelaufstellung von Geldspielgeräten mit Sichtschutzblenden) und des § 6 Abs. 1 S. 2 SpielHG BE (Verbot der Abgabe von Speisen und Getränken) zum „Recht der Spielhallen“ gehörten, weil den Ländern die Gesetzgebungskompetenz für alle Normen übertragen worden sei, „die den Betrieb der Spielhalle einschließlich der räumlichen Gegebenheiten vor Ort betreffen“ und dies bei den genannten Regelungen der Fall sei¹⁸. Folglich musste er sich mit dem Problem auseinandersetzen, dass die SpielV des Bundes an die Aufstellung von Geldspielgeräten und die Verabreichung von Getränken geringere Anforderungen stellt und insoweit eine Sperrwirkung gegenüber abwei-

chendem Landesrecht entfaltet. Bei diesem Normenkonflikt nimmt der VerfGH BE seine Zuflucht zu Art. 125a Abs. 1 GG, wonach Bundesrecht, das wegen der Änderung des Art. 74 Abs. 1 GG nicht mehr vom Bund erlassen werden könnte, durch Landesrecht ersetzt werden kann.

Dieser methodische Ansatz, der von einer Ersetzungsbefugnis des Landesgesetzgebers ausgeht, ist aus mehreren Gründen verfehlt. Erstens fallen die Art und Weise der Aufstellung von Geldspielgeräten nicht unter das „Recht der Spielhallen“ im Sinne von § 33i GewO, sondern gehören zum Geräte- und Aufstellungsrecht nach § 33c GewO, für das weiterhin der Bund zuständig ist und neues Recht erlassen kann, wie sich eindeutig aus § 3 Abs. 2 S. 2 SpielV ergibt, dessen Adressaten nicht die Spielhallenbetreiber, sondern die Geräteaufsteller sind. Das Gleiche gilt für den Ausschank alkoholischer Getränke nach § 3 Abs. 3 SpielV, für den ebenfalls eine Aufstellerregelung existiert. Zweitens eröffnet die Ersetzungsbefugnis nach Art. 125a Abs. 1 GG weder die Möglichkeit, einzelne Elemente innerhalb eines einheitlichen Tatbestandes zu ändern oder gar zu verschärfen, noch verschafft sie den Ländern die Befugnis, das Bundesrecht als eine Art „Steinbruch“ zu missbrauchen und beliebige Regelungen auszusondern, um sie in Landesrecht umzusetzen. Denn daraus „entstände hier eine Gemengelage von Bundesrecht und Landesrecht, die die Länder in Wahrnehmung ihrer Ersetzungskompetenz zu vermeiden haben“¹⁹, und zwar schon deshalb, weil trotz fehlender Bundeszuständigkeit im Zweifel bestehendes Bundesrecht fortgilt (Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG).

5. Insgesamt entsteht der Eindruck, dass die drei Landesverfassungsgerichte – trotz Einigkeit in der Beschränkung der neuen Landeskompetenz für das „Recht der Spielhallen“ auf die Materien des § 33i GewO – mit methodisch zumindest zweifelhaften Mitteln versuchen, dessen sachlichen Geltungsbereich auszuweiten und Regelungen als „lokal radiziert“ zu bezeichnen, die entweder dem einzigen Zweck dienen sollen, die Zahl bestehender Spielhallen zu verringern (Verbundverbot, Abstandsgebot), oder die als Übergriff in das Geräte- und Aufstellerrecht der §§ 33c ff. GewO zu betrachten sind.

Dem VerfGH BY fällt diese Art von Zurückhaltung besonders leicht, weil er bereits die Kontrolldichte ausdünn und den Umfang seiner Kompetenzprüfung auf eine evidente und schwerwiegende Verletzung des Rechtsstaatsprinzips reduziert. Der StGH BW nimmt an, dass sich die Landeskompetenz für das Spielhallenrecht auch auf eine Veränderung oder Erweiterung bestehender Regelungen, ja sogar auf die Schaffung neuer Erlaubnisversagungstatbestände erstreckt. Noch weiter geht der VerfGH BE, wenn er – maßgeblichen Stimmen im Schrifttum zuwider – feststellt, dass Art. 125a Abs. 1 GG ein Land dazu ermächtigt, bestehendes Bundesrecht in Gestalt von Vorschriften der SpielV, die auf-

¹³ StGH BW, a.a.O. (Anm. 4), Rn. 311.

¹⁴ Ebenda, Rn. 313 (unter Hinweis auf BVerfGE 109, 190 – juris Rn. 104; BVerfG, Beschluss vom 11.07.2013 – 2 BvR 2302/11 –, juris Rn. 55).

¹⁵ Vgl. BVerwG, Urteil vom 09.10.1984 – 1 C 11/83 –, juris Rn. 16 ff.

¹⁶ StGH BW, a.a.O. (Anm. 4), Rn. 313.

¹⁷ Ebenda, Rn. 316.

¹⁸ Obwohl der VerfGH BE erkannt hat, dass er damit vom Urteil des StGH BW abweicht (vgl. Anm. 8, Rn. 51), verzichtete er auf eine Divergenzvorlage an das BVerfG, wozu er nach Art. 100 Abs. 3 GG verpflichtet gewesen wäre.

¹⁹ So Christoph Degenhart, Recht des gewerblichen Gewinnspiels und Recht der Spielhallen in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, in: DVBl. 2014, 416 ff. (423). Vgl. auch dens., Spielhallen und Geldspielgeräte in der Kompetenzordnung des Grundgesetzes, Baden-Baden 2014, S. 97 ff.

grund von §§ 33c und 33f GewO ergangen sind, nicht nur zu ersetzen, sondern sogar zu verschärfen.

So gesehen leisten die Landesverfassungsgerichte Beihilfe zu einer Kompetenzerweiterung auf dem Gebiet des Spielhallenrechts, die im Ergebnis bewirkt, dass sich die zuvor mit überzeugender Begründung ausdrücklich abgelehnte extensive Auslegung von § 33i GewO im Widerspruch zu einem normativ-rezeptiven Ansatz doch noch durchsetzen kann.

III. Verhältnismäßigkeitsprüfung

1. Alle drei Landesverfassungsgerichte nehmen ausführlich zu der Frage Stellung, ob die jeweils auf den direkt oder inzident angegriffenen Vorschriften in den Landesspielhallengesetzen basierenden Eingriffe in Grundrechte von Spielhallenbetreibern mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vereinbar sind, das für die Prüfung von Verfassungsmängeln sowohl bei der Berufsfreiheit als auch bei der Eigentumsgarantie von ausschlaggebender Bedeutung ist. Es geht dabei um eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe unter Berücksichtigung aller Belange in den Grenzen der Zumutbarkeit²⁰. Die vom Gesetzgeber ergriffenen Maßnahmen müssen ein legitimes Ziel verfolgen und zur Erreichung dieses Zieles geeignet, erforderlich und im engeren Sinne verhältnismäßig sein.

Dass es sich bei der Bekämpfung der Spielsucht und beim Schutz der Jugend vor den Gefahren des Glücksspiels um ein wichtiges Gemeinwohlziel handelt, steht außer Frage. Ob man es aber auf die höchste Eingriffsstufe heben sollte, die den Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes bezweckt und somit auch objektive Berufswahlbeschränkungen rechtfertigen könnte, wie dies alle besprochenen Judikate tun²¹, erscheint schon weniger überzeugend. Auffälliger und bemerkenswerter sind indes die übereinstimmend unternommenen Versuche intensiven Bemühens der drei Landesverfassungsgerichte, sich der Verantwortung für Entscheidungen in der Sache zu entziehen und durch Einräumung politischer Gestaltungsfreiheit den „Ball“ an den Gesetzgeber zurückzuspielen.

2. Schon die Prüfung der Eignung des Verbundverbots und des Abstandsgebots zur Bekämpfung der Spielsucht als Eingriffe in die Berufsfreiheit der Spielhallenbetreiber wird vom VerfGH BY bei der Kontrolle „fachbezogener Erwägungen des Gesetzgebers“ darauf reduziert, „ob sie offensichtlich fehlerhaft und eindeutig widerlegbar sind“. Das Gericht könne nicht seine eigenen Wertungen und Einschätzungen an die Stelle des Gesetzgebers setzen²². Warum eigentlich nicht? Es ist dies als Hüter der Verfassung und Wächter der Grundrechte doch geradezu seine Aufgabe. Noch zurückhaltender formuliert der StGH BW: Dem Gesetzgeber komme „ein Einschätzungs- und Prognosespielraum nicht nur im Hinblick auf die Auswirkungen eines Gesetzes zu, sondern auch bei der Beurteilung einer Bedrohungslage für das Gemeinschaftsgut, zu dessen Schutz er im konkreten Fall tätig wird“. Ein Mittel sei schon „dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. ... Nur wenn eine Beschränkung der Berufsfreiheit schlechthin ungeeignet ist, das jeweilige Gemeinschaftsgut ausreichend zu schützen, verstößt sie gegen Art. 12 Abs. 1 GG“²³. Der VerfGH BE übernimmt diese Formulierungen und spricht sich in Bezug auf das Gebot der Einzelaufstellung von Geldspielgeräten mit Sichtschutzblenden und das Bewirtungs-

verbot in Spielhallen im Interesse politischer Gestaltungsfreiheit ebenfalls für einen Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers aus²⁴.

Dabei unterläuft den Gerichten allerdings ein Kardinalfehler. Denn sie stützen sich bei der Eignungsprüfung auf falsche Tatsachen und arbeiten mit leicht widerlegbaren Unterstellungen. Ein zentrales Argument, mit dem die Geeignetheit jener Maßnahmen als Grundrechtseingriffe zur Bekämpfung der Spielsucht gerechtfertigt wird, besteht nach Ansicht des VerfGH BY darin, dass hierdurch ein weiterer Zuwachs an Spielhallen begrenzt werde, weil ein „Zusammenhang zwischen dem Umfang des Angebots und dem Maß der Suchtgefahren“ existiere. Dies werde durch eine im Länderauftrag erstellte Studie bestätigt, die zu dem Ergebnis gekommen sei, „dass eine Zunahme in der Verfügbarkeit von Glücksspielen zu einem Anstieg in der Prävalenz glücksspielbedingter Probleme führt“²⁵.

Noch deutlicher drückt sich der StGH BW aus, um die Eignung des Verbundverbots zu belegen: Es sei „bekannt, dass die Dichte der Geldspielgeräte die Spielerquote und damit auch die Suchtgefahr in die Höhe treibt“. Diese Gerichtskennntnis liefert anschließend zugleich die Begründung: „Da eine zunehmende Dichte der Geldspielgeräte die Spielerquote und damit auch die Suchtgefahr in die Höhe treibt, kann eine Verringerung derselben und damit einhergehend auch der Gesamtzahl der Spielgeräte einer Verbreitung der Spielsucht entgegenwirken“²⁶. Mit der gleichen Palmström'schen Logik (... dass nicht sein kann, was nicht sein darf ...) ²⁷ heißt es an anderer Stelle zu den Abstandsregelungen: Es erscheine nicht „offensichtlich fehlerhaft“ anzunehmen, dass die durch sie „bezweckte Verringerung der Zahl der Spielhallen dazu beitragen“ könne, „die Suchtgefahr zu bekämpfen, die von den dort aufgestellten Spielgeräten ausgeht“²⁸.

3. Diese Feststellungen, die zu den tragenden Gründen der Entscheidungen gehören, entbehren jeglicher Tatsachenbasis in der Rechtswirklichkeit und beruhen auf sog. Verfügbarkeitsstudien, für die „Griffnähe“ angeblich gleichbedeutend mit „Gefährdungspotential“ ist. Dies ergibt sich ein-

²⁰ Vgl. BVerfGE 43, 242 (288 f.) in st.Rspr.; zuletzt BVerfGE 131, 47 (58).

²¹ Vgl. VerfGH BY, a.a.O. (Anm. 3), Rn. 102; StGH BW, a.a.O. (Anm. 4), Rn. 325 ff.; VerfGH BE, a.a.O. (Anm. 8), Rn. 57.

²² VerfGH BY, a.a.O. (Anm. 3), Rn. 106.

²³ StGH BW, a.a.O. (Anm. 4), Rn. 334-336. Für den Bereich der Sportwetten steht schon jetzt fest, dass sich die Kontingentierung der Konzessionen nach § 10a GlüStV (vergleichbar mit der beabsichtigten „Ausdünnung“ der Spielhallenstandorte) nicht bewährt hat. In der Antwort der Hessischen Landesregierung auf eine Kleine Anfrage des Abg. Rudolph (SPD) vom 28.07.2014 (LT-Drs. 19/446, S. 3) heißt es: „Die zahlenmäßige Begrenzung der Konzessionen hat sich als höchst kompliziert, streitanfällig und langwierig erwiesen. Vor allem hat es jedoch das Ziel, das illegale Sportwettenspiel einzudämmen nicht befördert, sondern im Gegenteil diesem Ziel geschadet. Durch das aufwendige, außerordentlich zeitintensive und juristisch vielfach angegriffene System der begrenzten Konzession wird zwischenzeitlich das Sportwettenspiel im illegalen Bereich immer umfangreicher, ohne dass hiergegen ernsthaft eingeschritten werden kann“. Übertragen auf den Spielhallensektor, bei dem ähnliche Verdrängungseffekte in die Illegalität zu beobachten sind, müsste über die Eignung zumindest des Verbundverbots und der Abstandsgebote zur Bekämpfung der Spielsucht neu nachgedacht werden.

²⁴ VerfGH BE, a.a.O. (Anm. 8), Rn. 58.

²⁵ VerfGH BY, a.a.O. (Anm. 3), Rn. 105 f.

²⁶ StGH BW, a.a.O. (Anm. 4), Rn. 338.

²⁷ Aus der Schlussstrophe des Gedichts „Die unmögliche Tatsache“ von Christian Morgenstern.

²⁸ Ebenda, Rn. 364. Ähnlich das OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29.09.2011 – 4 A 17/08 –, juris, Rn. 126: „Für die Fachwissenschaft ist dabei unbestreitbar, dass die Anzahl der aufgestellten Geräte in höchstem Maße korreliert mit der Quote der pathologischen Spieler und Problemspieler“. Es sei eine suchtpolitische „Binsenwahrheit“, dass die Dichte bzw. die Menge der Geldspielgeräte (wie bei Alkohol, Tabak und anderen Produkten bekannt) unabhängig von ihrem hohen Gefährdungspotential die Spielerquote in die Höhe treibe.

deutig aus folgenden Zahlen und Daten: Nach der „Liberalisierung“ des Spielhallenwesens durch die Fünfte Novelle der Spielverordnung vom 17.12.2005 (BGBl. I S. 3495) ist in der Zeit vom 01.01.2006 bis zum 01.01.2012 die Anzahl der Spielhallenstandorte von 7.913 auf 9.297 (+ 15 %), der Spielhallenkonzessionen von 10.338 auf 14.946 (+ 31 %) und der Geldspielgeräte von 200.000 auf 250.000 (+ 25 %) gewachsen²⁹. Obwohl die Jahresprävalenz von Spielern an Geldspielgeräten ebenfalls von 2,2 % (2007) über 2,7 % (2009) und 2,9 % (2011) bis auf inzwischen 3,7 % (2013) deutlich zugenommen hat³⁰, führte diese Ausweitung des Spielangebots und der Spielbeteiligung jedoch keineswegs zu einem entsprechenden Anstieg des Anteils problematischer oder pathologischer Spieler an der bundesdeutschen Gesamtbevölkerung. Im Gegenteil: ihre Zahl war während jenes Zeitraums sogar leicht rückläufig. Nach repräsentativen Festnetzbefragungen von ca. 10.000 Personen lag sie für pathologische Spieler bei 0,19 % (2007), 0,45 % (2009), 0,49 % (2011) und 0,38 % (2013) und für problematische Spieler bei 0,41 % (2007), 0,64 % (2009), 0,51 % (2011) und 0,45 % (2013)³¹, jeweils bezogen auf alle Spielformen.

Wenn das gewerbliche Geldspiel mit einem Anteil von 28,6 % mindestens problematischer Spieler die Spitzenposition auf der Skala aller Glücksspiele einnimmt³², müsste sich eigentlich – die Richtigkeit der Annahme einer linearen Relation zwischen der Anzahl der Spielhallen bzw. Spielhallenkonzessionen und dem Anteil spielsüchtiger oder suchtgefährdeter Spieler unterstellt – die Ausweitung des Spielhallensektors auch in einem erhöhten Gefährdungspotential des gewerblichen Geldspiels in Spielhallen oder Gaststätten niedergeschlagen haben. Dies ist jedoch offenkundig nicht der Fall, was nur den Schluss zulässt, dass Verbundverbote oder Abstandsgebote, die in erster Linie dem Zweck dienen, die Zahl der Spielhallen zu reduzieren, zur Bekämpfung der Spielsucht nicht geeignet sind und daher mit Rücksicht auf die Berufsfreiheit oder die Eigentumsgarantie der Spielhallenbetreiber dem Verhältnismäßigkeitsprinzip widersprechen.

4. Aus methodischer Sicht trifft die Landesverfassungsgerichte nicht der Vorwurf, dass sie diese Schlussfolgerung nicht selbst gezogen haben. Denn sie können nach der alten römischen Gerichtsregel „*da mihi factum, dabo tibi ius*“ nicht aus eigenem Antrieb Tatsachenforschung betreiben. Was ihnen aber zur Last gelegt werden muss, ist der Umstand, dass sie dem Gesetzgeber auch dann noch einen Entscheidungs- und Prognosespielraum zugestehen, wenn dieser offenkundig kontrafaktisch ausgefüllt wird. Der StGH BW mag dies gespürt haben, wenn er bei den Abstandsregelungen „Zweifel an der Geeignetheit“ äußert. Daraus ergäbe sich „jedoch nicht, dass die Prognose des Gesetzgebers offensichtlich fehlerhaft ist“. Auch die Erwägung, dass die Verringerung der Spielhallendichte die Möglichkeit schaffe, nach Verlassen einer Spielhalle über sein Tun nachzudenken, sei „nicht offensichtlich fehlerhaft“³³. Einmal mehr muss das Evidenzargument aushelfen und dazu herhalten, die Vereinbarkeit der Abstandsregelungen mit dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu begründen und die Verantwortung für die damit verbundenen Eingriffe in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Spielhallenbetreiber dem Gesetzgeber zuzuschreiben.

5. Im Unterschied zu den umfangreichen Ausführungen über die Eignung der Grundrechtseingriffe fällt die Prüfung ihrer Erforderlichkeit in allen drei verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ziemlich kurz und knapp aus. Der VerfGH BY beschränkt sich ohne weitere Begründung auf die

schlichte Feststellung, es sei „nicht ersichtlich, dass die Ziele des Normgebers mit milderer Mitteln, etwa organisatorische Maßnahmen innerhalb der Spielhallen, gleich wirksam umgesetzt werden könnten“³⁴. Der StGH BW zieht sich bei der Erforderlichkeit auf die „dem Gesetzgeber auch diesbezüglich zustehende(n) Einschätzungsprärogative“ zurück. Deren Grenzen seien „erst überschritten, wenn nach dem ihm bekannten Tatsachen und im Hinblick auf die bisherigen Maßnahmen feststellbar ist, dass alternativ in Betracht kommende Grundrechtsbeschränkungen die gleiche Wirksamkeit versprechen, die Betroffenen aber weniger belasten“³⁵. Zur Erforderlichkeit der Abstandsregelungen räumt das Gericht zwar ein, dass in Baden-Württemberg neben weiteren Ländern (Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern und Saarland) mit 500 m ausnahmslos die strengste Regelung gelte. „Die Festlegung eines konkreten Abstands fällt in die Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers, die von einem Verfassungsgericht nicht ersetzt werden kann, weil es insoweit keine eindeutig richtige Lösung gibt“³⁶. Man reibt sich verwundert die Augen. Gesetz den Fall, es gäbe eine solche klare Lösung; wäre sie dann etwa nicht erforderlich? Hier werden offenbar Verhältnismäßigkeitsaspekte mit der Ermessensreduzierung auf Null verwechselt. Der Berliner VerfGH verzichtet bei seiner Entscheidung über das Einzelaufstellungsgebot und das Bewirtungsverbot sogar vollständig auf Ausführungen zu deren Erforderlichkeit.

6. Bei der Prüfung der Zumutbarkeit oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn sind sich wieder alle drei Landesverfassungsgerichte einig. Mit der übereinstimmenden Qualifizierung des Ziels der Bekämpfung von Spielsucht und ihrer Gefährdungen als Endzweck zum Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes³⁷ fällt es ihnen nicht schwer zu begründen, „dass die Interessen der Spielhallenbetreiber und -unternehmer demgegenüber zurücktreten müssen“³⁸. Noch deutlicher wird der StGH BW: Wegen der schädlichen Auswirkungen auf die Allgemeinheit erscheine „der Beruf des Spielhallenbetreibers ... nur in begrenztem Umfang als schutzwürdig“³⁹. Dabei scheut das Gericht nicht davor zurück, sich auf eine Entscheidung des BVerfG zu berufen, das nicht etwa „das Betreiben des Geldgewinnspiels“ (so aber die Begründung), sondern den Betrieb einer Spielbank nach dem Gesetz von 1868 als eine „an sich unerwünschte Tätigkeit“ bezeichnet hat⁴⁰.

Immerhin wertet das Gericht das Abstandsgebot im Hinblick auf seine Kumulation mit dem Verbundverbot und die dadurch bewirkten Betriebsschließungen als „objektive Berufswahlschranke“, die jedoch gerechtfertigt sei, weil es sich um

²⁹ Quellen: *Arbeitskreis gegen Spielsucht e.V. (Hrsg.), Studien „Angebotsstruktur der Spielhallen und Geldspielgeräte in Deutschland“*, lfd. Jahrgänge 2008, S. 28, 2010, S. 34; 2012, S. 31. Vgl. auch die Gutachten des ifo-Instituts „Wirtschaftsentwicklung Unterhaltungsautomaten 2012 und Ausblick 2013“, München 2013, S. 12 ff., sowie „Wirtschaftsentwicklung Unterhaltungsautomaten 2013 und Ausblick 2014“, München 2014, S. 15 ff.

³⁰ Quelle: *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (Hrsg.), Glücksspielverhalten und Glücksspielsucht in Deutschland 2013*, Köln 2014, S. 182.

³¹ Ebenda, S. 101 (Klassifizierung nach South Oaks Gambling Screen [SOGS]).

³² Ebenda, S. 189 (Dual-Frame-Stichprobe).

³³ StGH BW, a.a.O. (Anm. 4), Rn. 364.

³⁴ VerfGH BY, a.a.O. (Anm. 3), Rn. 108.

³⁵ StGH BW (Anm. 4), Rn. 347.

³⁶ Ebenda, Rn. 367.

³⁷ Vgl. Anm. 21.

³⁸ VerfGH BY, a.a.O. (Anm. 3), Rn. 110.

³⁹ StGH BW, a.a.O. (Anm. 4), Rn. 348.

⁴⁰ Vgl. BVerfG 28, 119 (148). Auch BVerfGE 102, 197 (215) bezog sich auf den Betrieb einer Spielbank.

einen Beruf handele, bei dem „Gewinn aus einer Geldspiel Leidenschaft der Kunden generiert wird“ (womit letztlich alle Spielhallenbesucher zu passionierten „Daddlern“ erklärt werden). Da sich die Inhaber von Spielhallenerlaubnissen aber auf den Grundsatz des Vertrauensschutzes berufen könnten und deshalb in Härtefällen Ausnahmen möglich wären, sei die Abstandsregelung „hinsichtlich des weiteren Eigenbetriebs bestehender Spielhallen als angemessen zu beurteilen“⁴¹. Dass ein derart gravierender Eingriff in Grundrechte mit der Möglichkeit eines begünstigenden Verwaltungsakts gerechtfertigt wird, der ohne Rechtsanspruch nach pflichtgemäßem Ermessen erlassen werden kann, bildet zweifellos ein Novum in der Grundrechtsdogmatik. Schließlich stimmt auch der VerfGH BE in den Chor der Zumutbarkeitsapologeten ein, was nicht verwundert, weil das Gebot der Einzelaufstellung und das Bewirtungsverbot, wenn man ihre Eignung und Erforderlichkeit zur Bekämpfung der Spielsucht einmal bejaht hat, vor dem Ziel des Schutzes eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes durchaus Bestand haben kann⁴².

7. Betrachtet man die Verhältnismäßigkeitsprüfung der drei Landesverfassungsgerichte unabhängig von der jeweiligen Fallgestaltung aus methodischer Perspektive, dann ist nicht an der Erkenntnis vorbeizukommen, dass dieser wichtige und für jeden Grundrechtseingriff als sog. Schranken-Schranke geradezu unentbehrliche Maßstab in seiner Wirkung als Grenzmarke auch für die Gesetzgebung zumindest abgeschwächt, wenn nicht gar entleert und partiell ausgeschaltet wird. Gewiss ist bei der Beurteilung dessen, was zur Erreichung eines bestimmten Zieles geeignet, erforderlich und den Betroffenen zumutbar ist, der Gesetzgeber freier als die Verwaltung. Die Häufigkeit, mit der hier von den Gerichten in geradezu inflationärer Weise auf den Einschätzungs-, Beurteilungs- oder Prognosespielraum der Legislative verwiesen und vom Evidenzmaßstab Gebrauch gemacht wird, um sich die eigene Sachentscheidung zu ersparen und der Politik freien Lauf zu lassen, hat jedoch kaum etwas mit richterlicher Zurückhaltung, aber sehr viel mit einem gewissen Vorverständnis des streitgegenständlichen Sachbereichs von der angeblichen Gemeenschädlichkeit des gewerblichen Geldspiels zu tun. Gegenüber einem in der Öffentlichkeit verbreiteten Vorurteil sind auch unabhängige Richter nicht völlig immun. In Verbindung mit der Feststellung, dass die Regelungen in den Glücksspielgesetzen der Länder dem Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes dienen, werden sie praktisch unangreifbar. Um zu verhindern, dass die Spielhallenbetreiber weiterhin schutzlos bleiben und die schweren Eingriffe in ihre Grundrechte der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) auf Dauer hinnehmen müssen, darf die Rechtsprechung der drei Verfassungsgerichte nicht Schule machen.

IV. Kohärenzprüfung

1. Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des EuGH ist ein staatliches Glücksspielmonopol als Eingriff in die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und in die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) nur aufrechtzuerhalten, wenn die betreffenden Regelungen tatsächlich zum Ziel haben, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten in diesem Bereich in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen oder die öffentliche Ordnung zu gewährleisten, und sofern das Ermessen der zuständigen Behörden auf eine transparente Weise ausgeübt wird, die eine Nachprüfung ermöglicht, ob die Genehmigungsverfahren unpartei-

isch durchgeführt worden sind. Wenn allerdings der Staat durch seine Gesetzgebung außerhalb des Monopols eine Politik der Einnahmenmaximierung im Wege von Angebotserweiterung und Ermunterung zum Spiel begünstigt, sei das Monopol nicht mehr zu rechtfertigen⁴³. Die drei Landesverfassungsgerichte haben diese europarechtlichen Vorgaben aufgegriffen und das neue Spielhallenrecht in Bayern, Baden-Württemberg und Berlin mit ihnen für vereinbar erklärt. Der VerfGH BY verweist auch in diesem Zusammenhang auf „einen weiten Gestaltungsspielraum“ der Mitgliedstaaten. Wörtlich heißt es: „Regelungen, die zulässig die innerstaatliche Berufsfreiheit beschränken, weil sie geeignet, erforderlich und zumutbar sind, verstoßen jedenfalls nicht offenkundig gegen Unionsrecht“⁴⁴. Dabei wird als Prüfungsmaßstab das Gestaltungsermessen des Gesetzgebers sogar mit dem Evidenzprinzip kombiniert.

2. Der StGH BW räumt wenigstens ein, dass „den Anstoß für die strengere Regelung des Glücksspielmarktes tatsächlich das Bedürfnis nach einer Aufrechterhaltung des Lotteriemonopols gegeben haben“ mag⁴⁵. Der Annahme jedoch, vordringliches Ziel der strengeren Regelung des Spielhallenmarktes „sei entgegen § 1 GlüStV und § 1 LGlüG die Aufrechterhaltung des staatlichen Lotteriemonopols, welches allein der Verfolgung fiskalischer Interessen des Landes diene, ist nicht zu folgen“⁴⁶. Dazu verweist der StGH BW auf eine Äußerung des baden-württembergischen Innenministers *Reinhold Gall* im Gesetzgebungsverfahren vor dem mitberatenden Ausschuss für Finanzen und Wirtschaft: „Wir wollen den Jugend- und Spielerschutz gewährleisten, und wir haben auch das Ziel, den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung (...) in Bahnen zu lenken. Der Verfolgung gerade dieser Ziele sollte ausdrücklich auch die Aufrechterhaltung des Lotterie- und Wettmonopols dienen“⁴⁷. Dass mit den restriktiven Regelungen für Spielhallen, die ebenfalls in einem durch die SpielV sowie den Ersten GlüÄndStV und das LGlüG streng geordneten, ja geradezu überregulierten Markt agieren, genau das Gegenteil erreicht und der Spieler in illegales Onlinespiel gedrängt wird, scheint dem StGH BW nicht in den Kopf zu kommen. Auch die Behauptung, der gesamte Glücksspielmarkt sei „zunehmend strengen Regelungen“ unterworfen, stimmt in dieser Allgemeinheit nicht. Zwar hat der StGH BW recht mit der Feststellung, dass ein Mitgliedstaat nicht verpflichtet ist, in sämtlichen Glücksspielsektoren dasselbe Konzept zu verfolgen⁴⁸. Aber er darf das Spielrecht nicht in einem Bereich verschärfen, während er es zugleich innerhalb seines Glücksspielmonopols dereguliert und liberalisiert.

3. Ohne auf die Vorgaben des EuGH ausdrücklich Bezug zu nehmen, stellt auch der VerfGH BE fest, dass es bei den Regelungen zur Einzelaufstellung von Geldspielgeräten (mit Sichtschutz) und zum Bewirtungsverbot „an konse-

⁴¹ StGH BW, a.a.O. (Anm. 4), Rn. 370 ff.

⁴² VerfGH BE, a.a.O. (Anm. 8), Rn. 59.

⁴³ Beginnend mit Urteil vom 06.11.2003 in der Rs. C-243/01 (*Gambelli u.a.*), Slg. 2003 I-13031; fortgesetzt mit den Urteilen vom 08.09.2010 in der Rs. C-46/08 (*Carmen Media*), Slg. 2010 I-08149, und vom 08.09.2010 in den Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07 (*Markus Stoß u.a.*), Slg. 2010 I-08069; zuletzt mit Urteil vom 19.07.2012 in der Rs. C-470/11 (*Garkalins*), Slg. 2010 I-08069.

⁴⁴ VerfGH BY, a.a.O. (Anm. 3), Rn. 85.

⁴⁵ StGH BW, a.a.O. (Anm. 4), Rn. 333.

⁴⁶ Ebenda, Rn. 331.

⁴⁷ Ebenda, Rn. 333 unter Hinweis auf die Empfehlung des Ausschusses für Finanzen und Wirtschaft an den Innenausschuss zu dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 14.06.2012 (LT-Drs. 15/1843, S. 7).

⁴⁸ Ebenda, Rn. 343.

quenter und konsistenter Zielverfolgung“ nicht fehle. Der Mangel entsprechender Vorschriften insbesondere für Automatenäle in Spielbanken wird mit einer „nur schrittweise(n) Fortentwicklung der verschiedenen Regelungssysteme zur Eindämmung der Spielsucht“ begründet. „Das Gebot konsequenter und konsistenter Verfolgung des Ziels, Gefahren abzuwenden, verwehrt dem Gesetzgeber nicht, eine Angleichung des Rechts schrittweise unter Wahrung der föderalen Kompetenzordnung zu verwirklichen und dabei die Wirksamkeit einzelner Instrumente zur Eindämmung von Gefahren zu erproben; den Gesetzgeber trifft allerdings auch insoweit die Pflicht, die weitere Entwicklung umso sorgfältiger im Auge zu behalten und gegebenenfalls korrigierend einzugreifen“⁴⁹. Um fragwürdige Regelungen im Spielhallenrecht, wie zum Beispiel das Verbundverbot oder die Abstandsgebote verfassungsrechtlich noch zu „retten“, reicht es offenbar nicht aus, sich bei Grundrechtseingriffen auf einen politischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu berufen; vielmehr bedarf es noch zusätzlich sogar eines legislativen Experimentiervorbehalts.

4. Um die Vereinbarkeit bestimmter Grundrechtseingriffe im Spielhallenrecht mit dem Konsistenz- und Konsequenzgebot im Glücksspielrecht festzustellen, genügt es nicht, auf das Fehlen vergleichbarer Einschränkungen bei Spielbanken hinzuweisen. Es reicht auch nicht aus, das staatliche Glücksspielmonopol mit dem Ziel der Lenkung des natürlichen Spieltriebs der Menschen in geordnete Bahnen zu rechtfertigen. Und es ist schließlich geradezu abwegig zu behaupten, dass eine Regelung, die dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht, zugleich auch den Anforderungen konsequenter und konsistenter Zweckverfolgung gerecht wird. Denn dabei wird ein wesentliches Element in der Rechtsprechung des EuGH übersehen. Der Satz, dass ein Glücksspielmonopol des Staates dann nicht mehr zu legitimieren ist, wenn er bei Spielen außerhalb seines Monopols eine Politik der Angebotserweiterung betreibt, lässt sich auch umkehren. Das Monopol hat ebenfalls keine Berechtigung mehr, sofern der Staat selbst unter seiner Regie Spielmöglichkeiten erweitert oder Restriktionen entschärft (zum Beispiel bei neuen Glücksspielformen oder bei der Werbung im Deutschen Lotto- und Totoblock)⁵⁰, während er gleichzeitig dem gewerblichen Geldspiel massive Beschränkungen auferlegt, die offenkundig berufslenkenden Charakter haben. Ein derart widersprüchliches Verhalten, das die Verfassungsgerichte den Ländern offenbar durchgehen lassen, hat mit Kohärenz nicht viel zu tun.

V. Zusammenfassung

Mit Hilfe des Evidenzmaßstabs bei der Kompetenzprüfung, des legislativen Gestaltungsspielraums bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung und mit dem Rückzug aus einer kritischen, transparenten und den Spielhallensektor nicht diskriminierenden Betrachtung des staatlichen Glücksspielmonopols bei der Kohärenzprüfung werden von den Landesverfassungsgerichten in methodischer Hinsicht drei entscheidende Barrieren beiseite geräumt, an denen die Eingriffe des neuen Spielhallenrechts in Grundrechte der Spielhallenbetreiber hätten scheitern müssen. Bedauerlicherweise hat keines der Gerichte sich die Mühe gemacht, einmal in tatsächlicher Hinsicht festzustellen, welche Auswirkungen die Kombination von Verbundverbot und Abstandsgeboten auf die Berufsausübung und den Eigentumsschutz von Inhabern einer zuvor unbefristet erteilten Spielhallenerlaubnis hat. Mit Ablauf der Übergangsfrist

von 5 Jahren dürfte (ohne Härtefallausnahmen) allein das Verbundverbot bei 14.946 Konzessionen und 9.297 Standorten zu einem Wegfall von 5.679 Spielhallenkomplexen führen (Stand: 01.01.2012), was einer Quote von mehr als 38 % entspricht⁵¹. Nimmt man die Abstandsgebote zu benachbarten Spielhallen, Schulen und Jugendeinrichtungen hinzu, denen für sich genommen allein schon etwa 59 % aller Spielhallen zum Opfer fallen werden, summiert sich für Städte und Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern bundesweit die Anzahl von Schließung bedrohter Spielhallen auf 7.159, womit 77 % aller derzeitigen Spielhallenstandorte verschwinden werden⁵².

Man mag bekennen, dass genau dies mit der Neuordnung des Spielhallenrechts in den Ländern beabsichtigt sei. Dann aber stellt sich die Grundrechtsfrage in ganz anderem Licht. Denn in diesem Fall droht praktisch die Erdrosselung eines Gewerbebezugs, dem seit dem 20.10.1810 Hardenbergs Gewerbeedikt mit der Verheißung der Gewerbefreiheit (vgl. § 1 GewO) zur Seite steht. Berücksichtigt man weiter, dass in den allermeisten Gemeinden auf unabhäufige Zeit überhaupt keine neuen Spielhallenerlaubnisse erteilt werden können, weil das kommunale „Boot voll“ ist, oder – wenn doch – jegliche Regelung fehlt, wie in Konkurrenzsituationen zu verfahren ist, führen die behandelten Beschränkungen für Spielhallenbetreiber in die Nähe eines generellen Berufsverbots und/oder überschreiten wegen bestehender, bereits verfestigter Rechtspositionen die Grenzen zum entweignungsgleichen Eingriff. Dies gilt es bei der erforderlichen Gesamt abwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe zu berücksichtigen.

Angesichts des Umstandes, dass bereits die Eignung der getroffenen Maßnahmen zur Suchtbekämpfung höchst zweifelhaft ist, hätten die Landesverfassungsgerichte zu dem Ergebnis kommen müssen, dass mit den streitgegenständlichen Maßnahmen die Zumutbarkeit oder Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne nicht mehr gewahrt wird⁵³. Der Schlüssel zu diesem Tor der Freiheit liegt freilich nicht nur in einem äußerst wünschenswerten Bemühen um bessere Tatsachenaufklärung verborgen, sondern setzt auch ein methodisches Umdenken der Gerichte in ihrem Verhältnis zur Gesetzgebung voraus. Solange in den Entscheidungen ein deutlicher Widerwille zu spüren ist, über Grundrechte von Unternehmern urteilen zu müssen, die angeblich einer „an sich unerwünschten Tätigkeit“ nachgehen, wird sich nichts ändern, auch nicht an der empörenden Feststellung des StGH BW, dass Grundrechte der Betreiber von Spielhallen weniger schutzwürdig sind und damit auch weniger wert. Denn die Methode ist die Sache.

⁴⁹ VerfGH BE, a.a.O. (Anm. 8), Rn. 61.

⁵⁰ Dazu ausführlich *Hans-Peter Schneider*, Staatliches Glücksspielmonopol auf dem Prüfstand. Kohärenz- und Konsistenzdefizite im neuen Spielrecht der Länder, in: *WiVerw* 2014, 165-186.

⁵¹ *Jürgen Trümper/Christiane Heimann*, Angebotsstruktur der Spielhallen und Geldspielgeräte in Deutschland (Stand: 01.01.2012), hrsg. vom Arbeitskreis gegen Spielsucht e.V., 11. erw. Auflage, Unna 2012.

⁵² Vgl. die Studie der *smartcom GmbH*, Gesamtwirtschaftliche Auswirkungen von GlüAndStV/Landesspielhallengesetzen auf die Spielhallenstandorte in Deutschland. Ergebnisse für die Wirkung von Abstandsgeboten und Regelungen von Konzessionsgrößen, Mainz 2013. Aus einer weiteren Studie der *ProStadt Gesellschaft für Projektsteuerung im Städtebau mbH* über „Standorte gewerblicher Spielhallen am Beispiel der Berliner Bezirke Mitte, Neukölln und Treptow-Köpenick“ (August 2011) ergibt sich, dass im Bezirk Berlin-Mitte alle Spielhallenstandorte, im Bezirk Neukölln von 45 Standorten 44 und im Bezirk Treptow-Köpenick von 15 Standorten 12 den Mindestabstand von 500 Metern zu einer anderen Spielhalle nicht einhalten (die Nähe zu Schulen und Jugendeinrichtungen gar nicht mitgerechnet).

⁵³ Vgl. BVerfGE 102, 197 (215 ff.).