

Hartmann/Pieroth • Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht



Bernd J. Hartmann/Bodo Pieroth

# Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht

Zwei Rechtsgutachten



**Nomos**

Prof. Dr. Bernd J. Hartmann/Prof. Dr. Bodo Pieroth

# Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht

Zwei Rechtsgutachten



**Nomos**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-0509-2

1. Auflage 2013

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2013. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

In unserer Zeit hat das Glücksspiel einen schweren Stand. Galt das Casino einst als der Treffpunkt der glücklichen Reichen, vermutet man dort heutzutage vor allem arme Kranke. In erster Linie die Länder der Bundesrepublik Deutschland haben der Glücksspielsucht den Kampf angesagt. Dabei wird häufig zweierlei übersehen: Das Spielen ist eine verfassungsrechtlich geschützte Freiheitsbetätigung, und nicht jede Sucht rechtfertigt Freiheitsbeschränkungen durch den Staat. Der Staat soll verhindern, dass die Menschen anderen Menschen Schaden zufügen; aber der überfürsorgliche Staat tendiert dazu, den Menschen die Selbstbestimmung auch dort zu nehmen, wo sie nur sich selbst oder gar nur ihren Geldbeutel schädigen. Dem ist umso entschiedener entgegenzutreten, als in kaum einem anderen Politikbereich so viel geheuchelt wird wie hier: Einerseits überbieten sich die Landesgesetzgeber in immer restriktiveren Regelungen für das Glücksspielangebot von Privaten; andererseits wird für das von den Ländern organisierte Lottospiel intensiv geworben und werden neue Standorte für staatlich unterhaltene Spielbanken eröffnet.

Die dynamische Entwicklung der Regulierung des Glücksspiels im letzten Jahrzehnt hat im Wesentlichen drei Auslöser: einen technischen, einen judikativen und einen exekutiv/legislativen. Der technische ist der Siegeszug der neuen Medien, vor allem des Internets mit der Vereinfachung und Verbreitung hauptsächlich der Sportwetten. Staatliche Versuche, dem Einhalt zu gebieten oder die daraus erzielten Gewinne für die öffentliche Hand zu reservieren, haben der Europäische Gerichtshof und das Bundesverfassungsgericht aus Gründen der Dienstleistungs- und Berufsfreiheit gebremst. Insbesondere das vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Kohärenzgebot hat gravierende Auswirkungen für das mehrfach inkohärente deutsche Glücksspielrecht. Die Landesexekutiven und -legislativen haben zunächst mit dem Glücksspielstaatsvertrag und dann zusätzlich mit den Spielhallengesetzen den staatlich dominierten Glücksspielsektor soweit wie möglich (und möglicherweise darüber hinaus) aufrechterhalten. Geholfen hat den Ländern dabei eine kleine, aus einem politischen Kompromiss hervorgegangene und zunächst wenig beachtete Verfassungsänderung. Durch die Föderalismusreform I im Jahr 2006 haben nämlich die Länder die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen erhalten.

Der aus dieser Entwicklung hervorgegangene gegenwärtige Zustand des Rechts der Spielhallen und Spielbanken ist Gegenstand der beiden folgenden Rechtsgutachten. Das erste ist im Auftrag der AWI Automaten-Wirtschaftsverbände-Info GmbH, Berlin, entstanden. Es zeichnet die Entwicklung mit ihren vielfältigen einfach-rechtlichen, verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Problemen nach

und hat zusätzlich einen verfassungspolitischen Schwerpunkt: Ist die aktuelle Rechtslage positiv für unser Gemeinwesen? Die Antwort ist, wie der Titel des Rechtsgutachtens zum Ausdruck bringt, skeptisch bis negativ. Das zweite Rechtsgutachten ist im Auftrag der Casino Merkur Spielothek GmbH, Espelkamp, entstanden. Es fragt, inwiefern Spielbanken und Spielhallen gleich zu behandeln sind. Dabei deckt der Vergleich des Spielbanken- und des Spielhallenrechts Inkohärenzen und Inkonsistenzen auf, die mit höherrangigem Recht unvereinbar sind.

Münster/Osnabrück, März 2013

*Bernd J. Hartmann  
Bodo Pieroth*

## Inhaltsverzeichnis

Kapriolen des Föderalismus. Die Entwicklung des Spielhallenrechts seit der Grundgesetzänderung von 2006	9
<i>Bodo Pieroth unter Mitarbeit von Frederike Kolbe</i>	
Sind Spielbanken und Spielhallen gleich zu behandeln?	95
<i>Bernd J. Hartmann</i>	



**Kapriolen des Föderalismus.  
Die Entwicklung des Spielhallenrechts seit der  
Grundgesetzänderung von 2006**

*Professor Dr. Bodo Pieroth  
unter Mitarbeit von Frederike Kolbe*

## Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	15
B. Bundesrecht	16
I. Die Föderalismusreform I	16
1. Ziele und Wege	16
2. Die Kompetenz für das Recht der Spielhallen	18
a) Abgrenzung zum sonstigen Recht der Wirtschaft	18
b) Abgrenzung zum Bodenrecht	22
II. Grundrechtliche Aspekte	23
1. Die gegenwärtige Rechtsprechung	23
a) Berufsfreiheit	23
aa) Eingriff in den Schutzbereich	23
bb) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	24
b) Eigentumsfreiheit	25
c) Allgemeiner Gleichheitssatz	27
d) Allgemeine Handlungsfreiheit	28
2. Grundrechtskonforme Begrenzung des Ziels der Bekämpfung pathologischen Spielverhaltens	28
a) Grundsätzliche Unzulässigkeit eines aufgedrängten Selbstschutzes	29
b) Pathologisches Spielverhalten als psychische Störung	29
c) Gemeinwohlbelange	31
d) Zusammenfassung	33
III. Gewerbeordnung und Spielverordnung	33
C. Landesrecht	37
I. Rechtsentwicklung bis zum 1. GlüÄndStV	37
II. Der 1. GlüÄndStV und weiteres Landesrecht	38
1. Rechtsgrundlagen, -umsetzung und -wirkungen	38
a) Rechtsgrundlagen	38
b) Rechtsumsetzung	39
c) Rechtswirkungen	40
2. Rechtsinhalte	42
a) Anwendungsbereich	42

b) Eigenständige Erlaubnispflicht	43
aa) Verhältnis verschiedener Erlaubnisse zueinander	43
bb) Inhaltliche Anforderungen	44
cc) Befristung	44
c) Verbot von Mehrfachkonzessionen	44
aa) Mindestabstandsgebot	45
bb) Verbot von Mehrfachspielhallen	46
d) Begrenzung der Erlaubniszahl	46
e) Beschränkung der äußeren Gestaltung	46
f) Mindestsperrzeit	47
g) Feiertagsregelungen	48
h) Innengestaltung der Spielhallen	49
i) Anforderungen für das Verhalten der Spieler	50
j) Aufklärung der Spieler	50
k) Sozialkonzept	51
l) Jugendschutz	53
m) Aufsicht und Überwachung	54
n) Übergangsfristen	55
aa) Die Übergangsregelung des 1. GlüÄndStV	55
bb) Übergangsregelungen in den landesrechtlichen Spielhallenregelungen	56
III. Zwischenbilanz zum nationalen Spielhallenrecht	58
D. Europarecht	61
I. Maßstäbe	61
II. Die Beeinträchtigung der Grundfreiheiten	62
1. Anwendungsbereich	62
2. Beeinträchtigung	64
III. Die Rechtfertigung der Beeinträchtigung der Grundfreiheiten	65
1. Rechtfertigungsgründe	66
2. Verhältnismäßigkeit	68
3. Kohärenzgebot	69
a) Begriff und Inhalt der Kohärenz	69
b) Inkohärenz aufgrund einer expansiven Angebotspolitik	71
c) Erfordernis einer horizontalen Kohärenz	71
d) Keine Berücksichtigung innerstaatlicher Besonderheiten	74
e) Überprüfung durch die nationalen Gerichte	75
f) Rechtsdogmatische Einordnung des Kohärenzgebotes	76
IV. Weitere Vorgaben	78
1. Die Transparenz des Vergabeverfahrens	78

2. Darlegungs- und Beweislast	79
3. Anwendungsvorrang des Unionsrechts	80
V. Zwischenbilanz zum Europarecht	81
E. Thesen	84
Landesgesetzesregister	87
1. Baden-Württemberg	87
2. Bayern	87
3. Berlin	87
4. Brandenburg	87
5. Bremen	87
6. Hamburg	88
7. Hessen	88
8. Mecklenburg-Vorpommern	88
9. Niedersachsen	88
10. Nordrhein-Westfalen	88
11. Rheinland-Pfalz	88
12. Saarland	88
13. Sachsen	89
14. Sachsen-Anhalt	89
15. Schleswig-Holstein	89
16. Thüringen	89
Literaturverzeichnis	90



## A. Einleitung

Mit der Föderalismusreform I im Jahr 2006 haben die Länder die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen erhalten. Wie hat sich die Rechtslage für die Spielhallen seither entwickelt? Sind dabei die Ziele der Föderalismusreform I, nämlich „die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit von Bund und Ländern zu verbessern, die politischen Verantwortlichkeiten deutlicher zuzuordnen sowie die Zweckmäßigkeit und Effizienz der Aufgabenerfüllung zu steigern“, verwirklicht worden? Oder muss man vielmehr, wie es der Vorsitzende des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages mit Blick auf den Glücks- und Gewinnspielbereich getan hat, von einem Rechtschaos sprechen?

Der folgende Gang durch die einschlägigen Rechtsgrundlagen im Bundesrecht, Landesrecht und Europarecht, die hauptsächlich auf Grund der qualitativ sehr divergierenden Gesetzgebungsarbeit von 16 Landesparlamenten hierbei zu beobachtenden vielfältigen Abgrenzungsprobleme, Unklarheiten, Interpretationsschwierigkeiten und Streitfragen sowie die deswegen entstandene Flut von Rechtsstreitigkeiten haben mich zu dem Urteil geführt, dass der Föderalismus im Recht der Spielhallen Kapriolen schlägt.

## E. Thesen

1. Die Föderalismusreform I von 2006 hat das Recht der Spielhallen aus der umfassenden konkurrierenden Bundesgesetzgebungskompetenz für das Recht der Wirtschaft herausgelöst und der ausschließlichen Landesgesetzgebungskompetenz zugewiesen. Dadurch sollte eine Stärkung der Landesgesetzgebung im regionalen Bereich erfolgen, ohne die Einheitlichkeit des Wirtschaftsraums durch eine zunehmende Rechtszersplitterung zu gefährden.
2. Die Beschränkung der Landeskompetenz für das Spielhallenrecht auf die raumbezogenen Regelungen und die Beibehaltung der Bundeskompetenz für die gerätebezogenen Regelungen hat bis heute nicht gelöste Abgrenzungsprobleme hervorgebracht.
3. Ungeklärt ist auch die Frage, ob mit den landesrechtlichen Regelungen über einen Mindestabstand zwischen Spielhallen, das Verbot von Mehrfachkonzessionen und die Begrenzung der Erlaubniszahl nicht unzulässigerweise in die konkurrierende Bundesgesetzgebungskompetenz für das Bodenrecht eingegriffen wird. Gestützt auf diese Kompetenz wird im Bauplanungsrecht, namentlich im Wege der Negativplanung in Bebauungsplänen, die Errichtung und Ansiedlung von Spielhallen gesteuert.
4. Das Betreiben von Spielhallen ist ebenso wie das Handeln der Spieler durch die Grundrechte des Grundgesetzes geschützt. Die Spielhallenbetreiber können sich auf die Berufs- und Eigentumsfreiheit, die Spieler auf die allgemeine Handlungsfreiheit berufen. Auch der allgemeine Gleichheitssatz ist einschlägig. Nach dem rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip ist nicht das Handeln der Bürger, sondern das des Staates rechtfertigungsbedürftig.
5. Als vorrangige Rechtfertigung für Eingriffe des Staates in die Grundrechte der Anbieter von Glücks- und Gewinnspielen sowie der Spieler ist in der Rechtsprechung das Ziel der Bekämpfung der Spiel- und Wertsucht anerkannt. Bei der Verfolgung dieses Ziels muss der Staat aber die rechtsstaatlichen Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes wahren.
6. Die staatlichen Maßnahmen zur Bekämpfung des pathologischen Spielverhaltens finden eine Grenze auch darin, dass die grundrechtliche Freiheit umfasst, sich selbst zu gefährden. Ein staatliches Eingreifen ist hier nur dann gerechtfertigt, wenn der Mensch nicht mehr selbstbestimmt handelt. Das ist erst bei einer Krankheit der Fall.
7. Die Kosten, die für Staat und Gesellschaft durch pathologisches Spielverhalten entstehen, können Freiheitsbeschränkungen rechtfertigen. Im Rahmen der

- Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zu berücksichtigen, dass diese Kosten nur etwa 1% der jeweils durch Tabak- und Alkoholkonsum entstehenden Kosten betragen.
8. Das gewerbliche Spielrecht in der Gewerbeordnung des Bundes folgt dem klassischen liberalen Grundsatz, dass der Betrieb eines Gewerbes jedermann gestattet ist, soweit nicht durch Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind. Zu den von der Gewerbeordnung und der Spielverordnung zugelassenen Beschränkungen gehört das Erfordernis einer Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle und die Versagung der Erlaubnis, wenn der Betrieb eine übermäßige Ausnutzung des Spieltriebs befürchten lässt. Bundesrechtliche Beschränkungen enthält daneben das Jugendschutzgesetz.
  9. Zu diesen Vorschriften sind seit 2011 die Spielhallengesetze in Berlin und Bremen und seit 2012 in den übrigen Ländern die Neufassung des Glücksspielstaatsvertrags sowie die dazu ergangenen Ausführungsgesetze bzw. besondere Spielhallengesetze hinzugetreten. Ausdrückliches Ziel ist, eine Verbesserung bei den notwendigen Regulierungen der Spielhallen zu erreichen, deren Zahl zu begrenzen und den Spieler- und Jugendschutz zu gewährleisten.
  10. Die neuen landesrechtlichen Spielhallengesetze unterwerfen diese einer großen Zahl von zusätzlichen Beschränkungen und Verboten betreffend die Zulassung und den Betrieb von Spielhallen. Unter Berufung auf das Ziel der Bekämpfung des pathologischen Spielverhaltens sind sie offensichtlich darauf gerichtet, den Betrieb von Spielhallen zu erschweren, wenn nicht gar zu ersticken.
  11. Schon der neue Glücksspielstaatsvertrag ist kein Glanzstück der Gesetzgebung, weil er an einer verwirrenden Regelungstechnik und vielen Unbestimmtheiten und Unklarheiten leidet. Der schier unüberschaubare Wust von landesrechtlichen Regelungen hat diesen Befund noch potenziert.
  12. So ist das Verhältnis der drei verschiedenen Erlaubnistatbestände für den Betrieb einer Spielhalle ungeklärt und fast in jedem Landesgesetz anders geregelt. Insgesamt können sechs öffentlich-rechtliche Erlaubnisse erforderlich werden.
  13. Die Rechtszersplitterung ist beachtlich. Fast alle Länder haben weit divergierende Anforderungen an die Außen- und Innengestaltung sowie den Betrieb von Spielhallen, an Mindestsperrzeiten, Feiertagsregelungen, Verhaltensanforderungen und Aufklärung der Spieler, Sozialkonzepte, Jugendschutz sowie Aufsicht und Überwachung normiert.
  14. Dasselbe gilt für die Übergangsregelungen der 16 Länder, die unterschiedliche Anforderungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten unter unterschiedlichen Voraussetzungen für bestehende und legal betriebene Spielhallen, die eine unbefristete gewerberechtliche Erlaubnis besitzen, verbindlich machen. Hinzu kommen schwer wiegende verfassungsrechtliche Bedenken.

15. Die jüngste landesgesetzgeberische Aktivität zu den Spielhallen wird hauptsächlich mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs begründet. Hinzu kam, dass der ursprüngliche Glücksspielstaatsvertrag von 2007 bis Ende 2011 befristet war.
16. Das vom Europäischen Gerichtshof aus Verhältnismäßigkeits- und Gleichheitserwägungen entwickelte Kohärenzgebot verlangt von den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, dass sie ihre Ziele widerspruchsfrei und stimmig erreichen. Das Kohärenzgebot wirkt horizontal, d.h. für alle vergleichbaren wirtschaftlichen Betätigungen, und vertikal, d.h. auch für die unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenzträger im Bundesstaat.
17. Aus dem Kohärenzgebot folgt, dass unter dem einheitlichen Ziel der Bekämpfung des pathologischen Spielverhaltens vergleichbare Glücks- und Gewinnspiele nicht unterschiedlichen Beschränkungen unterworfen werden dürfen. Das Ziel gilt für private und staatliche Glücks- und Gewinnspielanbieter. Daher war das staatliche Sportwettenmonopol in Deutschland europarechtswidrig.
18. Gegenwärtig besteht eine Inkohärenz zum einen darin, dass die Aufstellung von Geldspielgeräten und die Veranstaltung anderer Spiele mit Gewinnmöglichkeit im Sinn gewerberechtlicher Freiheit geregelt ist, während die Spielhallen durch die restriktiven Landesregelungen soweit wie möglich zurückgedrängt werden sollen. Zum andern verstößt die nach Spielstruktur und Spielumfeld unterschiedliche Regelung der Geldspielgeräte in Spielhallen und der Glücksspielautomaten in Spielbanken gegen das Kohärenzgebot.
19. Zur Beseitigung dieser Inkohärenz stehen grundsätzlich zwei Wege offen: Entweder das Bundesrecht passt sich dem Landesrecht an oder umgekehrt. Der Bund könnte in verfassungsrechtlich zulässiger Weise die Kohärenz im Glücks- und Gewinnspielrecht durch einfaches Bundesgesetz herstellen. Die Landeskompetenz für das Recht der Spielhallen könnte nur durch Verfassungsänderung aufgehoben werden.
20. Das Spielhallenrecht ist kein geglücktes Beispiel für die mit der Föderalismusreform I von 2006 bezweckte Modernisierung des deutschen Bundesstaats. Die hier entstandene Rechtszersplitterung gefährdet partiell die Einheitlichkeit des Wirtschaftsraums.