

Hgg. von Michael Schmittmann

Schriftenreihe zum Europäischen Glücksspielrecht - Band 3

Herrmann • Hufen • Kauder
Koch • Schneider • Uwer

Neuordnung des Glücks- und Gewinnspielmarktes in Deutschland

- Juristisches Pressefachgespräch
am 22. November 2011
im Bundespresseamt, Berlin
- Tagungsbericht, Thesen und Gutachten

Herrmann/Hufen/Kauder/Koch/Schneider/Uwer

Neuordnung des
Glücks- und Gewinnspielmarktes
in Deutschland

Tagungsbericht, Thesen und Gutachten zum
Juristischen Pressefachgespräch
am 22. November 2011
im Bundespresseamt, Berlin

Herrmann/Hufen/Kauder/Koch/Schneider/Uwer

**Neuordnung des
Glücks- und Gewinnspielmarktes
in Deutschland**

Tagungsbericht, Thesen und Gutachten zum
Juristischen Pressefachgespräch am 22. November 2011
im Bundespresseamt, Berlin

Mit einem Vorwort
von Prof. Georg-Berndt Oschatz

Wien – München 2012

Medien und Recht Verlag

Schriftenreihe zum Europäischen Glücksspielrecht
Herausgegeben von
Michael Schmittmann
Rechtsanwalt in Düsseldorf
Band 3

Neuordnung des Glücks- und Gewinnspielmarktes
in Deutschland
*Mit Beiträgen von Christoph Herrmann, Friedhelm Hufen,
Siegfried Kauder, Susanne Koch, Hans-Peter Schneider und
Dirk Uwer*
Vorwort von Georg-Bernd Oschatz
Tagungsbericht, Thesen und Gutachten zum
Juristischen Pressefachgespräch am 22. November 2011
im Bundespresseamt, Berlin

Medien und Recht Verlags GmbH · Wien – München
www.medien-recht.com / www.mur-verlag.de

ISBN: 978-3-939438-16-8

Vorwort

Am 15.12.2011 haben die Ministerpräsidenten der Länder den Entwurf eines ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages unterschrieben. Das Land Schleswig-Holstein hat sich vorerst der Stimme enthalten. Der Vertrag muss noch von den Landesparlamenten ratifiziert werden, bevor er Gesetzeskraft entfalten kann. Mit einem Federstrich setzen sich die Länder mit diesem Akt über schwerwiegende Bedenken verfassungs- und europarechtlicher Art, die gegen den Entwurf bestehen, hinweg und nehmen sehenden Auges ein abermaliges Scheitern vor den Gerichten auf nationaler und europäischer Ebene in Kauf.

2006 scheiterten die Länder am Bundesverfassungsgericht und 2010 am Europäischen Gerichtshof. Zu Recht haben die Gerichte gerügt, dass die landesrechtlichen Regelungen nicht kohärent und systematisch am behaupteten gesetzgeberischen Ziel der Suchtprävention ausgerichtet seien. In seinen Urteilen vom 8.9.2010 wies der Europäische Gerichtshof vor allem darauf hin, dass die staatlichen Monopolanbieter sich durch intensive Werbekampagnen in einen Widerspruch zu den Schutzziele des Glücksspielstaatsvertrages setzten, wenn einerseits die Sportwettanbieter aus dem Markt ausgeschlossen seien, andererseits jedoch ein Wachstum weiterer Anbieter in Teilen des Marktes zugelassen werde.

In ihrer Reaktion auf diese Rechtsprechung durch den Entwurf des Änderungsstaatsvertrages haben die Länder die unverhältnismäßigen und inkohärenten Regelungen des alten Staatsvertrages fortgeschrieben und weiter vertieft. Sie haben zudem das seit den 50er Jahren vom Bund gewerberechtlich geregelte Geld-Gewinnspiel in Spielhallen und Gaststätten in den Entwurf einbezogen und massiven Einschränkungen unterworfen. Dieses Geld-Gewinnspiel ist bisher in völlig zufriedenstellender und auch in international vorbildlich am Ziel der Bekämpfung pathologischen Spielverhaltens orientierter Weise geregelt. Durch die in dem Entwurf beabsichtigten Einschränkungen wird das gewerbliche Geld-Gewinnspiel im Ergebnis von den Ländern zugunsten der in ihrem Monopol sich befindenden Glücksspielangebote, vor allem zugunsten der exorbitante Vermögensverschiebungen zulassenden Spielbanken vom Markt verdrängt. Ein ganzer seit Jahrzehnten ein bescheidenes Spielvergnügen ermöglichender Berufstand mit mehr als 70.000 Arbeitsplätzen muss um seine Existenz fürchten. Einer weiteren Ausdehnung des im Zeitalter des PCs ohnehin schwer bekämpfbaren Schwarzmarktes im Glücksspielbereich wird Tür und Tor geöffnet.

In dem Fachgespräch haben Verfassungs- und Europarechtler im Einzelnen dargelegt, welche Verstöße rechtlicher Art mit dieser Vorgehensweise der Länder verbunden sind. Hierbei sind auch die bereits vorliegenden Länderspielhallengesetze, mit denen die Länder die dargeleg-

ten Ziele der Kokurrenzausschaltung parallel verfolgen, in die allgemeine Betrachtung mit einbezogen worden. Im Kern geht es vor allem um Eingriffe der Länder in die Gewerbe- und Berufsfreiheit, das Eigentum und auf europäischer Ebene die Dienstleistungsfreiheit. In seiner ganzen Machart ist der Entwurf alles andere als ein Meisterwerk an Gesetzeskunst und weist viele Unklarheiten und Widersprüche auf, die unter dem Gesichtspunkt fehlender Gesetzesklarheit auch verfassungsrechtlich relevant sind. Am Horizont stehen auch nicht unerhebliche mögliche Schadenersatzleistungen, die dem Steuerzahler zur Last fallen würden.

Alles in allem schien den von diesem drohenden Änderungsstaatsvertrag Betroffenen vor allem eine Versachlichung der Diskussion nötig. Es besteht für den Berufszeitung kein Zweifel, dass der Glücks- und Gewinnspielsektor staatlicher Kontrolle bedarf und überwacht werden muss. Sie haben von jeher mit dem Staat hier gut zusammengearbeitet und Systeme der Selbstbeschränkung entwickelt und der Ermittlung und Anzeige von „Schwarzen Schafen“. Sie wehren sich aber gegen eine Verdrängung vom Markt durch den Staat ohne Rücksicht auf die ihnen zustehenden Rechte. Sie hoffen, dass die Ergebnisse und Feststellungen des Fachgesprächs von den Verantwortlichen wahrgenommen werden. Allmählich merken die Parlamente, dass sie keine Zustimmungsmaschinen der jeweiligen Regierungen sind, sondern selbst zu prüfen haben. Noch sind die Bestimmungen des Entwurfs kein geltendes Recht. Die Landtage sind aufgerufen die Bedenken verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Art gegen den ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag sorgfältig zu prüfen.

Professor Georg-Berndt Oschatz
Düsseldorf, im Januar 2012

Inhaltsverzeichnis

Juristisches Pressefachgespräch am 22. November 2011 zur Neuordnung des Glücks- und Gewinnspielmarktes in Deutschland	11
I. Zusammenfassung der Statements	12
1. Prof. Dr. Christoph Herrmann	12
2. Prof. Dr. Friedhelm Hufen	13
3. Siegfried Kauder, MdB	14
4. Dr. Dirk Uwer	15
II. Diskussion	16
THESEN	21
1 Europarechtliche Bewertung der Spielhallen-bezogenen Regelungen des 1. GlüÄndStV (Prof. Dr. Christoph Herrmann)	23
2 Verfassungsrechtliche Maßstäbe und Grenzen einer Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels (Prof. Dr. Friedhelm Hufen)	28
3 Neuordnung des Glücks- und Gewinnspielmarktes in Deutschland (Siegfried Kauder, MdB)	33
4 Verfassungs- und unionsrechtliche Bewertung des 1. GlüÄndStV und der Landesspielhallengesetze in Berlin, Bremen, Hessen und Schleswig-Holstein (Dr. Dirk Uwer)	37
GUTACHTEN	45
A Prof. Dr. Christoph Herrmann Europarechtliche Beurteilung der Einbeziehung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels in den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 28. Oktober 2011 (politische Einigung)	47
I. Sachverhalt und Gutachtenfrage	48
II. Überblick über die allgemeinen europarechtlichen Vorgaben	51
III. Keine Sekundärrechtlichen Vorgaben des Europarechts zur Regelung des Spielhallenrechts	55

IV. Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit als primärer Prüfungsmaßstab für die Regulierung des Glücksspielrechts	56
V. Die Zulässigkeit von Beschränkungen von Angeboten auf dem Glücks- und Gewinnspielmarkt (Lotterien, Spielhallen, Spielbanken, Sportwetten etc.) in der Rechtsprechung des Gerichtshofs	58
VI. Die europarechtliche Rechtmäßigkeit der Regelungen des GlüStV	66
VII. Schutzverstärkung durch die Unionsgrundrechte	83
VIII. Geltendmachung von Unionsrechtsverstößen	84
IX. Zusammenfassung	87
B Prof. Dr. Friedhelm Hufen	
Verfassungsrechtliche Maßstäbe und Grenzen einer Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels – Insbesondere: Vertrauensschutz und Übergangsfristen	93
I. Gegenstand des Rechtsgutachtens, Sachverhalt, Problemstellung	95
II. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen	101
III. Einzelne Regelungen und Regelungsvorschläge	125
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse	132
C Dr. Dirk Uwer, LL.M. Mag.rer.publ. und Dr. Susanne Koch	
Das europarechtliche Kohärenzgebot im Glücksspielrecht und die spielhallenbezogenen Beschränkungen und Verbote im Entwurf eines Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags	136
I. Der Begriff der Kohärenz im Unionsrecht	139
II. Der Begriff der Kohärenz im Verfassungsrecht	141
III. Die Entwicklung des Kohärenzbegriffs im Kontext des Glücksspielrechts	142
IV. Bestehende Inkohärenzen im Glücksspielrecht zu Lasten des gewerblichen Spiels	145
V. Zusätzliche Inkohärenzen durch weitere Beschränkungen von Spielhallen	157
VI. Zusammenfassung	162
D Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Peter Schneider	
Bestandsschutz im Rechtsstaat – Zur Verfassungsmäßigkeit der Übergangsregelungen im neuen Spielhallenrecht der Länder	165
I. Vorbemerkung	166
II. Zusammenfassende Thesen	168
III. Rechtsgrundlagen	175

IV. Sachstand	183
V. Verfassungsrechtliche Maßstäbe des Bestandsschutzes	190
VI. Anwendung auf die Übergangsregelungen	207
VII. Ausgleichsansprüche	232

A Europarechtliche Beurteilung der Einbeziehung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels in den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 28. Oktober 2011 (politische Einigung)¹

Prof. Dr. Christoph Herrmann, LL.M.²

Übersicht

- I. Sachverhalt und Gutachtenfrage
- II. Überblick über die allgemeinen europarechtlichen Vorgaben
 - 1. Verwirklichung des Binnenmarktes als Ziel der Europäischen Union
 - 2. Systematik der Gewährleistungen; Spezialität des Sekundärrechts
 - 3. Struktur des Schutzbereichs der Grundfreiheiten
 - 4. Anforderung an die Rechtfertigung von Eingriffen
 - 5. Unmittelbare Wirkung und Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten
- III. Keine sekundärrechtlichen Vorgaben des Europarechts zur Regelung des Spielhallenrechts
- IV. Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit als primärer Prüfungsmaßstab für die Regulierung des Glücksspielrechts
 - 1. Einschlägige Grundfreiheiten in der Rechtsprechung des Gerichtshofs
 - 2. Anwendung auf den 1. GlüÄndStV

1 Gutachten erstattet im Auftrag der Spitzenverbände der Deutschen Unterhaltungsautomatenwirtschaft – Verband der Deutschen Automatenindustrie e.V. (VDAI); Deutscher Automaten-Großhandels-Verband e.V. (DAGV); Bundesverband Automatenunternehmer e.V. (BA); FORUM für Automatenunternehmer in Europa e.V.

2 Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Europarecht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht der Juristischen Fakultät der Universität Passau.

- V. Die Zulässigkeit von Beschränkungen von Angeboten auf dem Glücks- und Gewinnspielmarkt (Lotterien, Spielhallen, Spielbanken, Sportwetten etc.) in der Rechtsprechung des Gerichtshofs
 - 1. Vom Gerichtshof als Beschränkungen qualifizierte Regulierungsformen
 - 2. Rechtfertigung von Beschränkungen
- VI. Die europarechtliche Rechtmäßigkeit der Regelungen des GlüStV
 - 1. Allgemeine Rechtmäßigkeitsfragen
 - 2. Die Rechtmäßigkeit der Spielhallen-bezogenen Regelungen im Einzelnen
- VII. Schutzverstärkung durch die Unionsgrundrechte
- VIII. Geltendmachung von Unionsrechtsverstößen
 - 1. Geltendmachung im Rahmen von Gerichtsverfahren
 - 2. Außergerichtliche Geltendmachung von Unionsrechtsverstößen
- IX. Zusammenfassung

I. Sachverhalt und Gutachtenfrage

Die Bundesrepublik Deutschland hat am 15. April 2011 den von den Bundesländern am 6. April 2011 beschlossenen Entwurf des Ersten Staatsvertrages zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland (Erster Glücksspieländerungsstaatsvertrag – 1. GlüÄndStV, Stand: 14. April 2011) der EU-Kommission gemäß den Vorschriften der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften (ABl. 1998 Nr. L 204/37, zuletzt geändert durch ABl. 2006 Nr. L 363/81) notifiziert (Not. 2011/188/D).

Mit dem 1. GlüÄndStV wird u.a. dessen Anwendungsbereich – entgegen dem früheren Recht – auch auf das gewerbliche Geld-Gewinnspiel, insbesondere das Recht der Spielhallen erweitert. Die Notifizierungspflicht ergab sich nicht aus den eigens neu eingefügten Vorschriften über Spielhallen im Besonderen (vgl. EuGH, Rs. C-267/03, *Lindberg*, Slg. 2005, I-3247, Rdnrn. 53 ff.), sondern aus der Änderung der Vorschriften über das elektronische Anbieten von Glücksspiel und bestimmter Formen der Werbung hierfür, die gemäß Art. 1 Nr. 5, 11 i.V.m. Art. 8 Richtlinie 98/34/EG notifizierungspflichtige Regelungen darstellen. Diese Regelungen gelten jedoch jeweils auch für das gewerbliche Geld-Gewinnspiel, das damit auch von notifizierungsbedürftigen Bestimmungen betroffen ist. Gemäß Art. 9 Abs. 1 der Richtlinie durfte der 1. GlüÄndStV infolge der unmittelbaren Wirkung der Vorschriften der Richtlinie über die Stand-Still-Pflicht aus formalen Gründen nicht vor dem 18. Juli

2011 in Kraft gesetzt und – völlig unabhängig von Fragen der inhaltlichen Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht – nicht angewendet werden (vgl. EuGH, Rs. C-443/98, *Unilever*, Slg. 2000, I-7535, Rdnrn. 49 ff.; vgl. auch die Rs. C-267/03, *Lindberg*, für den Fall der vollständigen Nicht-Notifizierung).

Die EU-Kommission legte am 18. Juli 2011 eine ausführliche Stellungnahme nach Art. 9 Abs. 2 und Bemerkungen nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 98/34/EG vor (C (2011) 5319), in denen sie sich zu einigen der im 1. GlüÄndStV enthaltenen Vorschriften sehr kritisch äußerte. Gemäß Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie 98/34/EG ist die Kommission darüber zu unterrichten, welche Maßnahmen als Reaktion auf die Stellungnahme ergriffen werden sollen. Die Kommission wird sich zu diesen Maßnahmen äußern. Mit Schreiben vom 8. November 2011 hat die Kommission die Bundesrepublik Deutschland noch einmal an ihre Pflicht zur Unterrichtung der Kommission erinnert. Sollte den in der ausführlichen Stellungnahme angeführten Kritikpunkten der Kommission nicht gefolgt werden, müssen gegenüber der Kommission zudem die Gründe angegeben werden, aus denen der ausführlichen Stellungnahme nicht gefolgt wird (Art. 9 Abs. 2 Richtlinie 98/34/EG). Als Folge der Abgabe einer ausführlichen Stellungnahme durch die Kommission verlängerte sich zudem die Stand-Still-Verpflichtung nach Art. 9 Abs. 2 auf vier Monate bis zum 16. August 2011. Ein überarbeiteter Entwurf des 1. GlüÄndStV, Stand: 28. Oktober 2011, wurde am 28.10.2011 beschlossen. Der 1. GlüÄndStV ist am 15. Dezember 2011 unterzeichnet worden.

Angesichts der nicht unwesentlichen Änderungen (Zahl der Konzessionen für Sportwettenanbieter; Höhe der Konzessionsabgabe etc.) erscheint es nicht unwahrscheinlich, dass die Überarbeitung des 1. GlüÄndStV eine „wesentliche Änderung“ an einem notifizierten Entwurf einer technischen Vorschrift darstellt und daher der Kommission erneut gemäß Art. 8 Abs. 1 UAbs. 3 der Richtlinie 98/34/EG notifiziert werden muss. Da von einer erneuten Notifizierungspflicht – zumindest teilweise – auch auf Länderebene ausgegangen wird, beabsichtigt beispielsweise der Freistaat Bayern, die Zustimmung zum 1. GlüÄndStV mit einem Ratifikationsvorbehalt bezüglich der Notifizierung des Vertrags bei der Kommission zu versehen. Die erneute Notifizierung hätte ein erneutes Stand-Still-Gebot und ein entsprechendes Anwendungsverbot für den Fall des vorzeitigen Inkraftsetzens bzw. der Nicht-Notifizierung zur Folge.

Da der 1. GlüÄndStV als Gesamtregelung notifiziert wurde und wieder notifiziert werden müsste, ist davon auszugehen, dass sich dieses Anwendungsverbot auf den gesamten 1. GlüÄndStV bezieht (vgl. auch *Streinz/Herrmann/Kruis*, Die Notifizierungspflicht des Glücksspielstaatsvertrages und der Ausführungsgesetze der Länder gem. der Richtlinie

98/34/EG, ZfWG 2007, S. 402 ff.). Selbst bei einer Beschränkung des Anwendungsverbots auf die die Notifizierungspflicht auslösenden Regelungen könnte der 1. GlüÄndStV im Hinblick auf die Regelungen für das gewerbliche Geld-Gewinnspiel aber allenfalls in Teilen anwendbar werden, soweit diese wiederum nicht in materiell-inhaltlicher Hinsicht mit dem Unionsrecht unvereinbar sind. Angesichts des avisierten Inkrafttretens erst zum 01.07.2012 kommt einer erneuten Stand-Still-Verpflichtung infolge erneuter Notifizierung aber voraussichtlich keine praktische Relevanz zu.

Der 1. GlüÄndStV bezieht sich durch die Erweiterung des Anwendungsbereichs auf das gewerbliche Geld-Gewinnspiel nun auch auf gewerbliche Geldspielgeräte, die vornehmlich in Spielhallen und Gaststätten angeboten werden und nach deutschem Recht bislang vornehmlich dem Bundesrecht, namentlich den am Jugend- und Spielerschutz ausgerichteten Vorschriften der GewO (§§ 33c – 33i) sowie der SpielV (Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit, BGBl. I 2006, S. 280) unterliegen. Im Einzelnen sieht der 1. GlüÄndStV folgende, den Betrieb von gewerblichen Geldspielgeräten sowie die Errichtung oder den Betrieb von Spielhallen betreffende Regelungen vor:

- Einige Regelungen des GlüStV werden auf Spielhallen sowie Gaststätten, die Geld- oder Warenspielgeräte mit Gewinnmöglichkeit bereithalten, erstreckt (§ 2 Abs. 3, 4);
- Sowohl Spielhallen als auch Gaststätten sind an das Verbot der Teilnahme von Minderjährigen sowie an das Verbot des Veranstaltens von Glücksspiel im Internet gebunden (§ 4 Abs. 3, 4);
- Sowohl Spielhallen als auch Gaststätten unterliegen den Beschränkungen, die für Werbung für öffentliches Glücksspiel gelten (§ 5), insbesondere dem Verbot der Fernseh- und Internetwerbung sowie der Werbung über Telekommunikationsanlagen (§ 5 Abs. 3);
- Sowohl Spielhallen als auch Gaststätten müssen ein Sozialkonzept entwickeln, wie auch die detaillierten Aufklärungspflichten für öffentliches Glücksspiel erfüllen (§§ 6, 7);
- Spielhallen unterliegen der allgemeinen ordnungsrechtlichen Erlaubnispflicht für öffentliches Glücksspiel nach § 4 Abs. 1 und können ergänzend zur bestehenden gewerblichen Erlaubnispflicht des § 33i GewO nur mit einer zusätzlichen durch die zuständige Glücksspielaufsichtsbehörde erteilten Erlaubnis betrieben werden (§ 24); bestehende Erlaubnisse nach § 33i GewO gelten vorbehaltlich eines früheren Ablaufs der Erlaubnis bis fünf Jahre nach Inkrafttreten des 1. GlüÄndStV fort (§ 29 Abs. 4 S. 2); nach dem 28.10.2011 auf Grundlage von § 33i GewO erteilte Erlaubnisse gelten bis zum Ablauf eines Jahres nach Inkrafttreten des 1. GlüÄndStV fort (§ 29

Abs. 4 S. 3); eine Befreiungsregelung zur Vermeidung unbilliger Härten enthält § 29 Abs. 4 S. 4;

- in einem Gebäude oder Gebäudekomplex, in dem sich eine Spielhalle befindet, dürfen Sportwetten nicht vermittelt werden (§ 21 Abs. 2);
- zwischen Spielhallen muss ein durch die Länder jeweils festzulegender Mindestabstand bestehen (§ 25 Abs. 1);
- die Erteilung einer Erlaubnis für eine Spielhalle, die in einem baulichen Verbund mit einer anderen Spielhalle steht, ist ausgeschlossen (§ 25 Abs. 2);
- die Anzahl der Erlaubnisse pro Gemeinde kann jeweils durch die Länder begrenzt werden (§ 25 Abs. 3);
- zusätzlich zu den allgemeinen Beschränkungen der Werbung durch § 5 darf von der äußeren Gestaltung der Spielhalle weder Werbung ausgehen noch ein besonderer Anreiz für den Spielbetrieb geschaffen werden (§ 26 Abs. 1);
- die Sperrzeiten für Spielhallen dürfen drei Stunden nicht unterschreiten (§ 26 Abs. 2).

Das vorliegende Rechtsgutachten behandelt die Frage, ob und inwieweit die genannten Regelungen mit dem Recht der Europäischen Union, insbesondere mit dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV; konsolidierte Fassung abgedruckt in ABl. EU 2010 Nr. C 83/47), vereinbar sind, und welche rechtlichen Folgen eine etwaige Unvereinbarkeit mit sich bringt.

II. Überblick über die allgemeinen europarechtlichen Vorgaben

1. Verwirklichung des Binnenmarktes als Ziel der Europäischen Union

Die Europäische Union errichtet ausweislich Art. 3 Abs. 3 des Vertrags über die Europäische Union (EUV; konsolidierte Fassung abgedruckt in ABl. EU 2010 Nr. C 83/13) einen Binnenmarkt. Art. 26 Abs. 2 AEUV definiert diesen Binnenmarkt wie folgt:

„Der Binnenmarkt umfasst einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist.“

Zur Verwirklichung dieser Zielvorgabe dienen zum einen die im AEUV unmittelbar gewährleisteten Grundfreiheiten, d.h. der freie Warenverkehr (Art. 28 ff. AEUV), die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 ff. AEUV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 ff. AEUV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 ff. AEUV) und die Kapital- und Zah-

lungsverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV), zum anderen die Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften, die eine Beeinträchtigung des Binnenmarktes darstellen können, durch den Erlass von Sekundärrecht (regelmäßig Richtlinien i.S.d. Art. 288 Abs. 3 AEUV) durch die Europäische Union.

2. Systematik der Gewährleistungen; Spezialität des Sekundärrechts

Systematisch gehen einschlägige Sekundärrechtsakte den primärrechtlichen Gewährleistungen der Grundfreiheiten als *leges speciales* vor und sind vorrangig vor diesen zu prüfen (s. *Ehlers*, § 7 Allgemeine Lehren, Rdnr. 8 in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009 m. w. Nachw.). Diese Spezialität reicht allerdings nur soweit, wie einschlägige Sekundärrechtsakte tatsächlich Regelungen treffen. Außerhalb ihres Anwendungsbereichs bleibt ein Rück- bzw. Durchgriff auf die Grundfreiheiten häufig möglich (st. Rspr. des Gerichtshofes, vgl. aus jüngerer Zeit EuGH, Rs. C-108/09, *Ker-Optika*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, EuZW 2011, S. 12 ff, Rdnrn. 41 ff.). Zudem müssen die harmonisierenden Sekundärrechtsakte der Europäischen Union selbst mit den primärrechtlichen Gewährleistungen vereinbar sein; insbesondere dürfen sie deren Anwendungsbereich nicht einschränken (vgl. EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, Slg. 1994, I-1039, Rdnr. 36; s. auch *Ehlers*, a.a.O, Rdnr. 9).

3. Struktur des Schutzbereichs der Grundfreiheiten

Soweit keine einschlägigen Sekundärrechtsakte existieren, werden mitgliedstaatliche Maßnahmen unmittelbar am Maßstab der jeweils einschlägigen Grundfreiheit geprüft. Welche Grundfreiheit im Einzelnen anwendbar ist, beurteilt sich zunächst nach dem Schwerpunkt einer etwaigen Beeinträchtigung. Ist eine wirtschaftliche Tätigkeit einer Grundfreiheit zuzuordnen und berührt andere Grundfreiheiten nur indirekt oder mittelbar, so ist nur die im Schwerpunkt betroffene Grundfreiheit anwendbar. Ein Sachverhalt kann jedoch auch mehrere Grundfreiheiten in gleichem Ausmaß berühren, wenn er sich in unterschiedliche Teilkomplexe aufspalten lässt, mit der Folge, dass mehrere Grundfreiheiten nebeneinander zur Anwendung kommen (s.a. *Ehlers*, a.a.O., Rdnr. 65; zu den Konsequenzen für den Betrieb von Spielhallen s. unten S. 56 ff.). Die Struktur der Prüfung gestaltet der Gerichtshof bei allen Grundfreiheiten mittlerweile analog (sog. Konvergenz der Grundfreiheiten, vgl. hierzu auch *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, 2007, Rdnrn. 1322 ff.). Danach verbieten sämtliche Grundfreiheiten auf der Tatbe-

standsseite sowohl die Diskriminierung von Waren bzw. Leistungserbringern aus anderen Mitgliedstaaten (Diskriminierungsverbot) als auch solche nicht-diskriminierenden Maßnahmen der Mitgliedstaaten, durch die das Gebrauchmachen von einer Grundfreiheit verhindert, behindert oder weniger attraktiv gemacht wird (Beschränkungsverbot) (st. Rspr. des EuGH, s. aus jüngerer Zeit lediglich EuGH, Rs. C-169/07, *Hartlauer*, Slg. 2009, I-1721, Rdnr. 33). Vor dem Hintergrund der zur Warenverkehrsfreiheit entwickelten *Keck*-Rechtsprechung (EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck*, Slg. 1993, I-6097, Rdnrn. 14 ff.), die aber nach überwiegender Auffassung *mutatis mutandis* auch auf die anderen Grundfreiheiten übertragbar ist (vgl. hierzu *Ehlers*, a.a.O. Rdnr. 87 m.w.N.), bedarf es für das Vorliegen einer Beschränkung in diesem Sinne einer Regelung, durch die dem Leistungserbringer der Marktzutritt erschwert wird und die nicht lediglich die Modalitäten der Leistungserbringung regelt, ohne wenigstens faktisch inländische Leistungserbringer zu begünstigen (s. hierzu grundlegend EuGH, verb. Rs. C-267/91 und C-268/91, *Keck*, a.a.O., Rdnr. 16; EuGH, Rs. C-384/93, *Alpine Investments*, Slg. 1995, I-1141, Rdnrn. 37 ff.; s. auch *Ehlers*, a.a.O., Rdnr. 87, Fn. 252 m.w.N. für alle Grundfreiheiten).

4. Anforderung an die Rechtfertigung von Eingriffen

Soweit eine mitgliedstaatliche Regelung sich in diesem Sinne als Eingriff in die Grundfreiheiten erweist, bedarf sie der Rechtfertigung. Maßnahmen, die offen nach der Staatsangehörigkeit oder einem sonstigen Kriterium der Grenzüberschreitung diskriminieren, können dabei nur auf Grundlage der im AEUV geregelten („geschriebenen“) Rechtfertigungsgründe gerechtfertigt werden, wenn sie das jeweilige Schutzziel in verhältnismäßiger Weise zu erreichen suchen und keine willkürliche Diskriminierung darstellen (s. jüngst etwa EuGH, Urt. v. 9. Oktober 2010 zur Rs. C-64/08, *Engelmann*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, EuZW 2010, S. 821 ff, Rdnrn. 34 f.). Für bloße Beschränkungen bzw. verdeckte Diskriminierungen kommt eine Rechtfertigung darüber hinaus nach der *Cassis-de-Dijon*-Rechtsprechung auch aus „zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls“ in Betracht (EuGH, Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649 ff.). Solche Erfordernisse können in jedem sinnvollen öffentlichen Interesse bestehen und sind insbesondere dann gegeben, wenn das Unionsrecht selbst das Erfordernis normativ absichert. Auch Beschränkungen wegen zwingender Erfordernisse des Allgemeinwohls müssen verhältnismäßig sein, wobei der Gerichtshof in der Vergangenheit oft nur die Geeignetheit und Erforderlichkeit, hingegen nicht die aus der Grundrechtsprüfung des deutschen

Grundgesetzes bekannte „Angemessenheit“ prüfte (s. hierzu *Ehlers*, a.a.O., Rdnrn. 109 f.).

Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit räumt der Gerichtshof den Mitgliedstaaten einen wechselnden Beurteilungsspielraum ein (*Ehlers*, a.a.O., Rdnr. 110). Während er insbesondere in der Vergangenheit meist einen sehr strengen Maßstab anwandte und hierfür vielfach kritisiert wurde, ist er in jüngerer Zeit dazu übergegangen, den Mitgliedstaaten einen umso größeren Beurteilungsspielraum einzuräumen, je wichtiger die von ihnen verfolgten Erfordernisse des Allgemeinwohls waren. So wird insbesondere die Entscheidung zum Fremdbesitzverbot für Apotheken (EuGH, verb. Rs. C-171/07 u. C-172/07, *Apothekerkammer des Saarlandes u.a./Saarland u.a.*, Slg. 2009, I-4171, Rdnrn. 19, 35 ff.) als Wendepunkt in der Rspr. des Gerichtshofs wahrgenommen (s. *Mand*, Der EuGH und das Fremdbesitzverbot für Apotheken, WRP 2010, S. 702 ff.). Gleichzeitig achtet der Gerichtshof jedoch auch in sensiblen Bereichen besonders darauf, dass beschränkende Maßnahmen das Schutzziel in kohärenter und systematischer Weise verfolgen (jüngst hierzu *Schorkopf*, Wahrhaftigkeit im Recht der Grundfreiheiten – Zu Maßstab und Rechtsfolgen der Glücksspielurteile des Europäischen Gerichtshofs – DÖV 2011, S. 260 ff.). Dazu gehört auch, dass ein etwaig seitens der Behörden vorgesehenes Ermessen durch transparente Kriterien rechtlich eingehegt und in seiner Anwendung vorhersehbar ist (dazu näher im Einzelnen für das Glücksspielwesen unten S. 61 ff.).

5. Unmittelbare Wirkung und Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten

Die Mitgliedstaaten dürfen gemäß Art. 4 Abs. 3 UAbs. 3 EUV keine Maßnahmen erlassen, die mit dem Unionsrecht (inkl. der Grundfreiheiten) unvereinbar sind. Sofern eine mitgliedstaatliche Regelung einen ungerechtfertigten Eingriff in eine Grundfreiheit darstellt, ist die Regelung durch den Mitgliedstaat zu beseitigen. Neben diese mitgliedstaatliche Pflicht zur Herstellung der Europarechtskonformität seiner nationalen Gesetze und Verwaltungsvorschriften treten die unmittelbare Wirkung und der Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten, von denen der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung ausgeht. So dürfen nationale Behörden und Gerichte die inkriminierte Vorschrift gegenüber natürlichen und juristischen Personen keinesfalls mehr zur Anwendung bringen (st. Rspr., s. lediglich EuGH, Rs. C-409/06, *Winner Wetten*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rdnr. 53; NVwZ 2010, S. 1419 ff.), und zwar auch dann nicht, wenn aus ihrer Sicht hierdurch eine unvertretbare Regelungslücke aufträte. Die Zuständigkeit für die Feststellung einer ausnahmsweisen übergangsweisen Fortgeltung einer

mitgliedstaatlichen, unionsrechtswidrigen Regelung hat der Gerichtshof ausschließlich sich selbst vorbehalten (EuGH, Rs. C-409/06, *Winner Wetten*, a.a.O., Rdnr. 67). Die exklusive Zuständigkeit des Gerichtshofs zur Entscheidung über die temporäre Aussetzung des Anwendungsvorrangs bzgl. bestimmter unionsrechtswidriger nationaler Rechtsakte wird auch vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich anerkannt (BVerfG, 2 BvR 2661/06 vom 06.07.2010, Rdnrn. 80 ff., NJW 2010, S. 3422 ff.). Soweit unionsrechtswidrige Regelungen strafbewehrte Verbote oder Erlaubnisvorbehalte vorsehen, schließt der Anwendungsvorrang des Unionsrechts es auch aus, diese Konsequenzen an die Nichterfüllung der unionsrechtswidrigen Tatbestände anzuknüpfen (EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica*, Slg. 2007, I-1891, Rdnrn. 65 ff.).

III. Keine sekundärrechtlichen Vorgaben des Europarechts zur Regelung des Spielhallenrechts

Neben der bereits erwähnten Richtlinie 98/34/EG, die die Notifizierungspflicht des 1. GlüÄndStV begründet, gibt es keine hier in Frage stehenden Regelungen des 1. GlüÄndStV betreffendes Unionssekundärrecht, welches einer Prüfung am Maßstab der Grundfreiheiten vorgehen würde.

Zwar bestehen sekundärrechtliche Vorgaben, die zum einen Rahmenbedingungen für die Herstellung und den Vertrieb von gewerblichen Geld- und Warenspielgeräten betreffen und zum anderen technische Anforderungen an derartige Geräte beinhalten. Allerdings werden diese sekundärrechtlichen Regelungen durch die Bestimmungen des 1. GlüÄndStV und der Vorgaben, die er für Spielhallen und Gaststätten und damit den konkreten Einsatz derartiger Geräte enthält, nicht berührt, so dass auch keine Verletzung dieser sekundärrechtlichen Regelungen durch den 1. GlüÄndStV vorliegt.

Sekundärrechtliche Regelungen, die entweder gerade den Einsatz dieser Geräte betreffen oder den wirtschaftlichen Betrieb einer Spielhalle oder Gaststätte an sich, z.B. in Bezug auf Werbemaßnahmen, berühren könnten, umfassen den Glücksspielsektor jeweils ausdrücklich gerade nicht. So findet die Richtlinie 2010/13/EU über audiovisuelle Mediendienste (ABl. 2010 Nr. L 95/1), die sich u.a. auf Fernsehwerbung bezieht, keine Anwendung (vgl. Begründungserwägung Nr. 22). Auch die Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (ABl. 2000 Nr. L 178/1), die grundsätzlich alle in elektronischer Form erbrachten Dienstleistungen erfasst, ist ausdrücklich nicht anwendbar (vgl. Art. 1 Abs. 5 lit. d). Die Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt (ABl. 2006 Nr. L 376/36) nimmt den Glücksspielsektor eben-

falls ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich aus (vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. h) und Begründungserwägung (25)).

Die europarechtliche Beurteilung der in Frage stehenden Regelungen des 1. GlüÄndStV ergibt sich daher ausschließlich aus einer Prüfung am Maßstab des Primärrechts.

IV. Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit als primärer Prüfungsmaßstab für die Regulierung des Glücksspielrechts

1. Einschlägige Grundfreiheiten in der Rechtsprechung des Gerichtshofs

Die gegenständlichen Regelungen über den gewerblichen Betrieb von Geldspielgeräten in Gaststätten und in Spielhallen berühren den Anwendungsbereich mehrerer Grundfreiheiten. Zunächst ist festzuhalten, dass der Gerichtshof in st. Rspr. die Veranstaltung von Glücksspielen gegen Entgelt, gleichgültig in welcher Form, als wirtschaftliche Tätigkeit qualifiziert, die dem Anwendungsbereich des Unionsrechts grundsätzlich unterfällt (s. lediglich EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, a.a.O., Rdnrn. 16 ff.).

Im weiteren Verlauf seiner Rspr. hat der Gerichtshof hinsichtlich der Veranstaltung von Glücksspielen (einschließlich Lotterien oder Sportwetten) sowohl die Niederlassungsfreiheit als auch die Dienstleistungsfreiheit für anwendbar erachtet. Auch die Warenverkehrsfreiheit kann durch Regelungen über die Zulässigkeit der Einfuhr oder gewerbliche Verwendung von Geldspielgeräten grundsätzlich berührt sein (EuGH, Rs. C-124/97, *Läärä*, Slg. 1999, I-6067, Rdnr. 24).

Welche Grundfreiheit im Einzelfall jeweils einschlägig ist, hängt daher stark vom Einzelfall, d.h. von der wirtschaftlichen Konstellation ab, in der sich betroffene Wirtschaftsteilnehmer befinden. Soweit ein Unternehmen dauerhaft Glücksspiel in einem anderen Mitgliedstaat anbieten will (durch den Betrieb von Zweigstellen, Tochterunternehmen oder Agenturen), so unterfällt dies der Niederlassungsfreiheit (vgl. EuGH, verb. Rs. C-338/04 u.a., *Placanica*, a.a.O., Rdnr. 43). Das Aufstellen und den Betrieb von Geldspielgeräten hat der Gerichtshof jedoch ohne Weiteres auch als Dienstleistung im Sinne des AEUV qualifiziert (vgl. EuGH, Rs. C-124/97, *Läärä*, a.a.O., Rdnr. 29). Die Anwendungsbereiche der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit decken sich jedoch ohnehin in weiten Teilen, da es jeweils um den Schutz einer selbständigen, entgeltlichen bzw. zu Erwerbszwecken ausgeübten Tätigkeit geht. Die Unterscheidung wird, zumindest soweit die Ausübung der Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat betroffen ist, maßgeblich danach getroffen,

ob die Tätigkeit auf Dauer angelegt ist und damit einer Niederlassung entspricht oder lediglich vorübergehender Art ist und damit eine Dienstleistung darstellt (vgl. nur *Bröhmer*, in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 49 AEUV, Rdnr. 3). Danach würde sich auch die Einordnung der denkbaren Anwendungsfälle im Hinblick auf die Betroffenheit durch den 1. GlüÄndStV richten (s. sogleich unten). Die Warenverkehrsfreiheit wird hingegen durch Regelungen über die Veranstaltung von Glücksspiel und den Betrieb von Spielhallen allenfalls indirekt berührt und tritt daher regelmäßig hinter die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit zurück, die jeweils im Schwerpunkt von diesen Regelungen betroffen sind (zur Struktur des Schutzbereichs vgl. oben S. 52 f.; zum Verhältnis zwischen Warenverkehrsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit im Glücksspielsektor s.a. EuGH, Rs. 275/92, *Schindler*, a.a.O., Rdnrn. 21 ff. und EuGH, Rs. C-6/01, *Anomar*, Slg. 2003, I-8621, Rdnrn. 55, 56). Die Kapitalverkehrsfreiheit wäre nur insoweit einschlägig, als ein Unternehmen eine lediglich geringfügige Kapitalbeteiligung an einem Glücksspielunternehmen hielte. Der Gerichtshof hat sie im Zusammenhang mit Glücksspielkonstellationen daher auch bislang nicht angewendet, und zwar insbesondere insoweit nicht, als ihre Beeinträchtigung lediglich eine zwangsläufige Folge der Beeinträchtigung einer anderen Grundfreiheit ist (EuGH, Rs. C-42/07, *Liga Portuguesa*, Slg. 2009, I-7633, Rdnr. 47). Die Arbeitnehmerfreizügigkeit kann hier von vornherein außer Betracht bleiben.

2. Anwendung auf den 1. GlüÄndStV

Als primärer Prüfungsmaßstab für die gegenständlichen Regelungen des 1. GlüÄndStV kommen daher die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit in Betracht. So könnte sich etwa ein Unternehmen, dessen Geschäft im Aufstellen und Betrieb von gewerblichen Geldpielgeräten (z.B. als Full-Service-Leasing inkl. Wartung etc.) in Gaststätten oder Spielhallen besteht, auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, soweit es diese Leistung den Gaststätten- oder Spielhallenbetreibern auch aus dem EU-Ausland in Deutschland anbietet. Auf die Niederlassungsfreiheit könnte sich ein Unternehmen berufen, das seinen primären Unternehmenssitz in der EU (außerhalb Deutschlands) hat und in der Bundesrepublik selbst über Tochterunternehmen, Agenturen oder Zweigstellen Spielhallen betreibt oder betreiben möchte.

Für die Prüfung der Regelungen des 1. GlüÄndStV folgen hieraus jedoch keine gravierenden Unterschiede. Zum einen prüft der EuGH die Beeinträchtigungen von Grundfreiheiten, wie oben dargelegt, analog (sog. Konvergenz der Grundfreiheiten, s.o. S. 52), so dass sich schon aus diesem Grund keine wesentlichen Unterschiede ergeben können. Zum

anderen deutet die Rechtsprechung des Gerichtshofes zwar grundsätzlich darauf hin, dass die Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in die Dienstleistungsfreiheit strenger zu prüfen ist, als dies bei der Niederlassungsfreiheit der Fall ist, da von einem Unternehmer, der sich dauerhaft in das Wirtschaftsleben eines anderen Mitgliedstaats integriert, eher erwartet werden kann, sich den dort geltenden Regeln in vollem Umfang zu unterwerfen, als von einem Leistungserbringer, der nur gelegentlich grenzüberschreitend tätig wird (vgl. zum strengeren Maßstab auch *Ehlers*, a.a.O., Rdnr. 110). Gerade im Hinblick auf die den Glücksspielsektor betreffende Rechtsprechung werden solche Differenzierungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit jedoch nicht vorgenommen. Sofern eine Beeinträchtigung der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit durch nationale Regelungen denkbar erscheint, prüft der Gerichtshof beide Grundfreiheiten zusammen und nimmt auch eine einheitliche Verhältnismäßigkeitsprüfung vor (s. EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, Slg. 2003, I-13031; EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica*, a.a.O.; EuGH, Rs. C-409/06, *Winner Wetten*, a.a.O.; EuGH verb. Rs. C-361/07, C-358 bis 360/07, C-409/07 und C-410/07, *Stoß*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, NVwZ 2010, S. 1409 ff.; EuGH, Rs. C-64/08, *Engelmann*, a.a.O.). Damit bestehen ungeachtet der Frage, ob in einem konkreten Einzelfall die Dienstleistungsfreiheit oder die Niederlassungsfreiheit betroffen wäre, keine Unterschiede im Hinblick auf die unionsrechtlichen Anforderungen an nationale Regelungen im Glücksspielbereich. Daher ist von einem generellen Gleichlauf der Prüfung durch den Gerichtshof auszugehen (namentlich hinsichtlich des beschränkenden Charakters nationaler Vorschriften, der Legitimität zwingender Erfordernisse sowie der Notwendigkeit der Verhältnismäßigkeit von Eingriffen), so dass auch im Folgenden die Prüfung der Vereinbarkeit des 1. GlüÄndStV mit den Vorgaben des Unionsrechts für die Dienstleistungsfreiheit und die Niederlassungsfreiheit einheitlich erfolgen kann.

V. Die Zulässigkeit von Beschränkungen von Angeboten auf dem Glücks- und Gewinnspielmarkt (Lotterien, Spielhallen, Spielbanken, Sportwetten etc.) in der Rechtsprechung des Gerichtshofs

1. Vom Gerichtshof als Beschränkungen qualifizierte Regulierungsformen

Der Gerichtshof hat sich seit der Entscheidung in der Rechtssache *Schindler* im Jahr 1994 (Rs. C-275/92, a.a.O.) in zahlreichen Verfahren

mit Fragen der mitgliedstaatlichen Glücksspielregulierung und deren Vereinbarkeit mit der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit auseinandergesetzt. Den Schwerpunkt der Rechtsprechung bilden dabei die Entscheidungen über die Zulässigkeit der Beschränkung der Online- oder Telefonvermittlung von Sportwetten und sonstigem Glücksspiel;

(EuGH, Rs. C-67/98, *Zenatti*, Slg. 1999, I-7289; EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, a.a.O.; EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica*, a.a.O.; EuGH, Rs. C-42/07, *Liga Portuguesa*, a.a.O.; EuGH, Rs. 203/08, *Sporting Exchange*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, NVwZ 2010, S. 1085 ff.; EuGH, Rs. C-258/08, *Ladbrokes*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, EuZW 2010, S. 593 ff.; EuGH, verb. Rs. C-447/08 und C-448/08, *Sjöberg*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, NVwZ 2010, S. 1088 ff.; EuGH, Rs. C-46/08, *Carmen Media*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, NVwZ 2010, S. 1422 ff.; EuGH, verb. Rs. C-316/07, C-358/07 bis C-360/07, C-409/07 und C-410/07, *Stoß*, a.a.O.; EuGH, Rs. C-212/08, *Zeturf*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, EuZW 2011, S. 674 ff.; EuGH, Rs. C-347/09, *Dickinger und Ömer*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, EuZW 2011, S. 841 ff.).

Regelungen, die das gewerbliche Geld-Gewinnspiel in Spielhallen betreffen, waren nur ganz vereinzelt Gegenstand von Entscheidungen des Gerichtshofs (EuGH, Rs. C-124/97, *Läära*, a.a.O.; EuGH, Rs. C-6/01, *Anomar*, a.a.O.; zu Spielbanken s.a. EuGH, Rs. C-64/08, *Engelmann*, a.a.O.). Die Überlegungen des Gerichtshofs weisen jedoch – ebenso wie die von den Mitgliedstaaten jeweils vorgetragenen Argumente – ein hohes Maß an Parallelität auf und sind daher grundsätzlich übertragbar (vgl. schon EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, a.a.O., Rdnr. 60; EuGH, Rs. C-124/97, *Läära*, a.a.O., Rdnrn. 15 ff.; EuGH Rs. C-67/98, *Zenatti*, a.a.O., Rdnrn. 16 ff., der von vergleichbaren Merkmalen spricht).

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs unterliegt – darauf wurde oben (S. 56) bereits hingewiesen – jede Form der entgeltlichen Veranstaltung von Glücksspielen einschließlich des in der deutschen Rechtsordnung gewerberechtlich geregelten Veranstaltens von gewerblichem Geld-Gewinnspiel als wirtschaftliche Tätigkeit den rechtlichen Anforderungen der Grundfreiheiten. Im Laufe seiner Rechtsprechungsentwicklung hat der Gerichtshof auf dieser Grundlage zahlreiche Arten von Regulierungen der Mitgliedstaaten als rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Dienstleistungs- und/oder Niederlassungsfreiheit klassifiziert, weil sie die Erbringung der Dienstleistung bzw. die Niederlassung verhindern, behindern oder weniger attraktiv machen. Dabei hat es stets keine Rolle gespielt, ob diese Maßnahmen diskriminierenden Charakter hatten oder vielmehr unterschiedslos anwendbar waren. Namentlich hat der Gerichtshof folgende Beschränkungen als Eingriffe in den grundfreiheitlichen Schutzbereich klassifiziert:

- vollständige Verbote der Veranstaltungen von bestimmten Formen des Glücksspiels (s. z.B. EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, a.a.O.);
- staatliche Monopole zur Veranstaltung bestimmter Glücksspiele bzw. staatlich eingeräumte Monopolstellungen Einzelner (s. z.B. EuGH, Rs. C-46/08, *Carmen Media*, a.a.O.; EuGH, verb. Rs. C-316/07 u.a., *Stoß*, a.a.O.; EuGH, Rs. C-6/01, *Anomar*, a.a.O., EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, a.a.O.; EuGH, Rs. C-212/08, *Zeturf*, a.a.O., EuGH, Rs. C-347/09, *Dickinger und Ömer*, a.a.O.);
- Beschränkungen der Anzahl der Anbieter bestimmter Glücksspiele (s. z.B. EuGH, Rs. C-203/08, *Sporting Exchange*, a.a.O.; EuGH, Rs. C-258/08, *Ladbrokes*, a.a.O.; EuGH, Rs. C-64/08, *Engelmann*, a.a.O., Rdnr. 44);
- Vergabe von beschränkten Konzessionen auf lange Zeiträume (s. EuGH, Rs. C-64/08, *Engelmann*, a.a.O., Rdnr. 46)
- Verbote der Vermittlung von Sportwetten oder anderen Glücksspielen ins Ausland bzw. aus dem Ausland (s. z.B. EuGH, Rs. C-42/07, *Liga Portuguesa*, a.a.O.; Rs. C-203/08, *Sporting Exchange*, a.a.O.; EuGH, Rs. C-258/08, *Ladbrokes*, a.a.O.);
- Verbote des Anbietens von Glücksspielen über Telefon oder Internet (s. z.B. EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, a.a.O.; EuGH, Rs. C-212/08, *Zeturf*, a.a.O.);
- Werbeverbote (s. z.B. EuGH, verb. Rs. C-447/08 und C-448/08, *Sjöberg*, a.a.O.);
- Konzessionserfordernisse und das Erfordernis polizeilicher oder sonstiger administrativer Erlaubnisse für die Veranstaltung von Glücksspielen (s. EuGH, verb. Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04, *Placanica*, a.a.O.).

Häufig beinhalten die mitgliedstaatlichen Regelungen zum Glücksspielrecht, wie beispielsweise im Fall der Errichtung eines staatlichen Monopols und der damit einhergehenden Verbote, anderweitig Glücksspiel zu betreiben, mehrere der vom Gerichtshof anerkannten Beschränkungen. Sie sind somit auch in mehrfacher Hinsicht angreifbar. Darüber hinaus hat der Gerichtshof außerhalb des Bereichs des Glücksspiels auch andere Arten von Regelungen als Eingriffe in die Dienstleistungs- und/oder Niederlassungsfreiheit qualifiziert, darunter auch Mindestabstände zwischen gleichartigen Leistungsanbietern (s. EuGH, Rs. C-384/08, *Attanasio*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht). Entsprechend geht auch der Generalanwalt beim Gerichtshof im Hinblick auf Mindestabstände zwischen Glücksspielanbietern ohne weiteres von einer Beschränkung aus (s. die Schlussanträge des Generalanwalts *Cruz Villalón* vom 27. Oktober 2011 zu den verb. Rs. C-72/10 und C-77/10, *Costa*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht).

2. Rechtfertigung von Beschränkungen

a) Zulässige Beschränkungsziele

Während die Feststellung des Vorliegens einer Beschränkung in praktisch allen einschlägigen Verfahren vor dem Gerichtshof weitgehend klar und eindeutig war, ist die Rechtsprechung zur Rechtfertigung von Beschränkungen weitaus komplexer. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs lässt sich insofern aber wie folgt zusammenfassen:

Zunächst geht der Gerichtshof ohne Zweifel davon aus, dass die Mitgliedstaaten ein legitimes Interesse an der Regulierung von Glücksspielaktivitäten haben. So rekurriert der Gerichtshof immer wieder auf seine Ausführungen in der Rechtssache *Schindler* und modifiziert diese kaum. Danach gehören die Bekämpfung von Spielsucht und illegalem Glücksspiel, von Betrug und anderen Formen der Kriminalität, der Schutz der Verbraucher vor für sie schädlichen Ausgaben sowie – allerdings nur als Nebenfolge – die Finanzierung gemeinschaftlicher Belange aus Einnahmen von Glücksspielveranstaltern zu den zwingenden Erfordernissen des Allgemeinwohls, die grundsätzlich einen Eingriff in die Grundfreiheiten rechtfertigen können. Der Gerichtshof fasst dieses Bündel an Zielen, die in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind, regelmäßig unter den Erfordernissen des Schutzes der Verbraucher und des Schutzes der Sozialordnung zusammen (s. lediglich EuGH, Rs. C-275/92, *Schindler*, a.a.O., Rdnrn. 57 ff.; Rs. C-124/97, *Läära*, a.a.O. Rdnrn. 32 ff.; Rs. C-67/98, *Zenatti*, a.a.O., Rdnrn. 30 f.; Rs. C-6/01, *Anomar*, a.a.O., Rdnrn. 72 f.). Auf dieser Grundlage hat der Gerichtshof allgemein anerkannt, dass nationale Rechtsvorschriften auf dem Gebiet der Spiele und Wetten gerechtfertigt sein können, die „darauf abzielen, eine Anregung der Nachfrage zu vermeiden und vielmehr die Ausnutzung der Spiel Leidenschaft der Menschen zu begrenzen“ (EuGH, verb. Rs. C-316/07 u.a., *Stoß*, a.a.O., Rdnr. 75; st. Rspr.).

b) Tatsächliches Ziel der Regulierung

Der Gerichtshof hat im Hinblick auf diesbezüglich von einigen nationalen Gerichten gegebene Hinweise – im Einklang mit seiner sonstigen Rechtsprechung – wiederholt betont, dass die legitimen Ziele zur Beschränkung von Glücksspielaktivitäten tatsächlich der Grund für diese sein müssen. Das ist nach Auffassung des Gerichtshofs insbesondere dann nicht der Fall, wenn die staatliche Politik nicht auf eine Eindämmung des Glücksspiels an sich oder auf seine Kanalisierung in unschädliche, kontrollierte Bahnen ausgerichtet ist, sondern vielmehr vorrangig zur Erfüllung fiskalischer Interessen dient (EuGH, verb. Rs. C-338/04

u.a., *Placanica*, a.a.O., Rdnrn. 52 ff.). So dürfen Erträge aus Glücksspiel zwar grundsätzlich karitativen oder sonstigen öffentlichen Zwecken zu Gute kommen. Ihre Erzielung darf aber niemals primäres Ziel des Glücksspielbetriebs sein, sondern lediglich dessen „erfreuliche Nebenfolge“ (EuGH, Rs. C-67/98, *Zenatti*, a.a.O., Rdnr. 36). Eine Expansion des staatlich kontrollierten Glücksspiels zum Zwecke der Ausweitung der Einnahmen aus diesem ist daher per se unvereinbar mit der Beschränkung des privaten Anbietens von Glücksspiel. Allerdings hat der Gerichtshof das bloße Faktum einer Ausweitung der zugelassenen Glücksspielaktivitäten nicht als Beleg genügen lassen, dass der Mitgliedstaat vorrangig fiskalische Interessen verfolgt. Nach Auffassung des Gerichtshofs kann nämlich auch eine „kontrollierte Expansion“ der legalen Tätigkeiten dazu dienen, illegale Tätigkeiten zurückzudrängen und die Spielaktivität in die „erlaubten Bahnen zu lenken“ (EuGH, verb. Rs. C-338/04 u.a., *Placanica*, a.a.O., Rdnr. 55; EuGH, Rs. C-258/08, *Ladbrokes*, a.a.O., Rdnr. 25). In diesem Fall ist jedoch in besonderer Weise auf die Kohärenz zu achten (s. dazu eingehender unten S. 63 ff.), da eine Ausweitung zugelassenen Glücksspiels mit dem Ziel der Bekämpfung von Spielsucht allgemein nicht vereinbar wäre (EuGH, Rs. C-258/08, *Ladbrokes*, a.a.O., Rdnr. 30).

c) *Verhältnismäßigkeit der Beschränkungen; Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten*

Wenngleich Beschränkungen des Glücksspielangebots damit grundsätzlich zulässig sein können, weist der Gerichtshof ebenfalls in st. Rspr. darauf hin, dass die Beschränkungen nur dann zulässig sind, wenn sie zur Erreichung des jeweiligen Ziels geeignet sind und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des Ziels erforderlich ist (s. lediglich EuGH, Rs. C-243/01, *Zenatti*, a.a.O., Rdnr. 65). Bei dieser Beurteilung räumt der Gerichtshof den Mitgliedstaaten gerade im Bereich des Glücksspielwesens einen weiten Beurteilungsspielraum ein. Aus Sicht des Gerichtshofs rechtfertigen die

„sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergehen, ein ausreichendes Ermessen der staatlichen Stellen [...], festzulegen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben“ (EuGH, Rs. C-258/08, *Ladbrokes*, a.a.O., Rdnr. 19 [st. Rspr.]).

Daraus folgt für den Gerichtshof einerseits, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, die Ziele ihrer Politik auf dem Gebiet des Glücksspielwesens innerhalb des oben dargestellten von der Rechtsprechung anerkannten Rahmens an legitimen Zielen selbst festzulegen, und anderer-

seits auch, das angestrebte Schutzniveau selbst zu bestimmen (EuGH, Rs. C-258/08, *Ladbroke's*, a.a.O., Rdnr. 20; zu dieser Schlussfolgerung auch *Dederer*, Konsistente Glücksspielregelung – Eckpunkte aus den Sportwetten-Urteilen des EuGH vom 8. 9. 2010, EuZW 2010, S. 771 f.). So steht es dem Mitgliedstaat nach Auffassung des Gerichtshofs grundsätzlich frei,

„zu beurteilen, ob es im Zusammenhang mit den von ihm verfolgten legitimen Zielen erforderlich ist, [Glücksspiel-]Tätigkeiten [...] vollständig oder teilweise zu verbieten, oder es genügt, sie zu beschränken und zu diesem Zweck mehr oder weniger strenge Kontrollformen vorzusehen“ (EuGH, Rs. C-46/08, *Carmen Media*, a.a.O., Rdnr. 46).

In der Konsequenz weist der Gerichtshof wiederholt darauf hin, dass aus der Zulässigkeit eines bestimmten Glücksspiels in einem anderen Mitgliedstaat oder aus der Zulassung eines Anbieters in einem solchen nicht folgt, dass das Spiel als solches oder der Anbieter durch die anderen Mitgliedstaaten ebenfalls anzuerkennen wäre (EuGH, Rs. C-42/07, *Liga Portuguesa*, a.a.O., Rdnr. 69, EuGH, Rs. C-203/08, *Sporting Exchange*, a.a.O., Rdnr. 33). So hat der Gerichtshof eine Übertragung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Glücksspielerlaubnisse ausdrücklich – unter Hinweis auf die fehlende Harmonisierung des Unionsrechts auf diesem Gebiet – abgelehnt (EuGH, Rs. C-42/07, *Liga Portuguesa*, a.a.O., Rdnr. 69; EuGH, Rs. C-347/09, *Dickinger und Ömer*, a.a.O., Rdnr. 99). Die Mitgliedstaaten dürfen damit grundsätzlich eine nationale Erlaubnis zur Veranstaltung von Glücksspiel vorschreiben, um ihre Kontrollmöglichkeiten sicherzustellen. Während das nationale System keineswegs einer von allen Mitgliedstaaten der EU geteilten Ansicht im Hinblick auf die Modalitäten des Schutzes entsprechen muss (EuGH, verb. Rs. C-316/07 u.a., *Stoß*, a.a.O., Rdnr. 80), geht die Freiheit der Mitgliedstaaten aber keinesfalls soweit, beispielsweise eine bestimmte Form der Niederlassung im Inland fordern zu können, damit eine nationale Erlaubnis erlangt werden kann (EuGH, Rs. C-64/08, *Engelmann*, a.a.O., Rdnrn. 32 ff.).

d) Systematik und Kohärenz der Glücksspielbekämpfung

Für den Bereich des Glücksspielwesens hat der Gerichtshof die reguläre Verhältnismäßigkeitsprüfung (Geeignetheit, Erforderlichkeit) weitgehend durch eine Prüfung der Systematik und Kohärenz der Beschränkungen des Glücksspielsektors ersetzt bzw. zu einer solchen fortentwickelt. Grundsätzlich geht der Gerichtshof zwar weiterhin davon aus, dass jede einzelne Beschränkung der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit für sich auf ihre Geeignetheit und Erforderlichkeit zur Erreichung der angestrebten legitimen Ziele geprüft werden muss (s. bei-

spielhaft EuGH, verb. Rs. C-338/04 u.a., *Placanica*, a.a.O., Rdnr. 49; EuGH, Rs. C-64/08, *Engelmann*, a.a.O., Rdnr. 43). Gleichzeitig stellt der Gerichtshof diese Prüfung jedoch in den Kontext der Gesamtregelung aller Glücksspielbereiche und verneint die Geeignetheit einzelner beschränkender Regelungen dann, wenn die Regelung des Glücksspielwesens insgesamt nicht systematisch und kohärent ist, weil z.B. in einem Bereich eine restriktive Politik betrieben wird, während andere Formen des Glücksspiels sogar ausgeweitet werden (EuGH, Rs. C-46/08, *Carmen Media*, a.a.O., Rdnr. 68 und EuGH, verb. Rs. C-316/07 u.a., *Stoß*, a.a.O., Rdnr. 106). Die Glücksspielregulierung wird also vom Gerichtshof ausdrücklich auf ihre Kohärenz im Ganzen und nicht in Bezug auf lediglich eine einzelne Glücksspielart geprüft und verlangt (s. *Dederer*, a.a.O., S. 773; anders noch die Schlussanträge des Generalanwalts *Mengozzi* zu den verb. Rs. C-316/07 u.a., *Stoß*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rdnrn. 67 ff., denen der Gerichtshof nicht gefolgt ist).

Dabei anerkennt der Gerichtshof zwar, dass die unterschiedlichen Formen des Glücksspiels mit unterschiedlichen Gefahren verbunden sind und daher im Einzelnen auch ihre unterschiedliche Behandlung angebracht sein kann (EuGH, verb. Rs. C-316/07 u.a., *Stoß*, a.a.O., Rdnrn. 95 f.). Die Politik im Bereich der Glücksspielregulierung darf jedoch insgesamt nicht durch die gegenläufige Behandlung verwandter oder ähnlicher Arten des Glücksspiels gekennzeichnet sein (EuGH, Rs. C-46/08, *Carmen Media*, a.a.O., Rdnr. 64 ff. (68); EuGH, verb. Rs. C-316/07 u.a., *Stoß*, a.a.O., Rdnrn. 97 ff., insbesondere Rdnr. 107 iv)). Soweit die Zuständigkeit für die Regelung des Glücksspielwesens – so wie in Deutschland – zwischen verschiedenen mitgliedstaatlichen Ebenen geteilt ist, obliegt es dem Mitgliedstaat, durch eine geeignete Zusammenarbeit der verschiedenen Ebenen die Kohärenz insgesamt sicherzustellen (EuGH, Rs. C-46/08, *Carmen Media*, a.a.O., Rdnrn. 69, 70).

Praktisch alle in der jüngeren Vergangenheit vom Gerichtshof behandelten Fälle betrafen im Schwerpunkt die Frage nach der Kohärenz der jeweiligen mitgliedstaatlichen Regelungen in diesem Sinne. Der Gerichtshof überlässt die Beurteilung, ob und inwieweit ein Regelungssystem systematisch und kohärent ist, dabei regelmäßig den nationalen Gerichten, da es sich hierbei um eine Frage der Auslegung des nationalen Rechtsrahmens und seiner Anwendung durch die Behörden handelt (EuGH, Rs. C-243/01, *Gambelli*, a.a.O., Rdnrn. 66 ff.; EuGH, verb. Rs. 338/04 u.a., *Placanica*, a.a.O., Rdnr. 58; EuGH, Rs. C-258/08, *Ladbroke*, a.a.O., Rdnrn. 27 ff.). Er gibt den nationalen Gerichten, die ein Vorlageverfahren anstrengen und insbesondere Fragen nach der Kohärenz aufwerfen, jedoch bisweilen präzise Hinweise, ob der von ihnen geschilderte nationale Regelungsrahmen kohärent ist bzw. ob das vorle-

gende Gericht berechtigten Anlass zum Zweifel an der Kohärenz haben darf (EuGH, Rs. C-46/08, *Carmen Media*, a.a.O., Rdnrn 68, 71; EuGH, verb. Rs. C-316/07 u.a., *Stoß*, a.a.O., Rdnrn. 100, 106, 107 iv)).

e) *Transparenz von Erlaubnis- und Konzessionssystemen*

Die Entscheidung, ob ein Mitgliedstaat seinen Glücksspielsektor monopolisiert, gänzlich oder unter Erlaubnisvorbehalt freigibt oder einem Konzessionssystem unterwirft, ist dem Mitgliedstaat überlassen (st. Rechtsprechung, s. schon EuGH, Rs. C-124/97, *Läärä*, a.a.O., Rdnrn. 35, 36; zuletzt EuGH, Rs. C-46/08, *Carmen Media*, a.a.O., Rdnrn. 58 ff. und EuGH, verb. Rs. C-316/07 u.a., *Stoß*, a.a.O., Rdnrn. 73 ff., vgl. auch oben S. 62 f. zum Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten). Grundsätzlich ist auch ein Mischsystem zulässig und auch die sektorübergreifende Ungleichbehandlung ist als solche nicht per se verboten (EuGH, Rs. C-46/08, *Carmen Media*, a.a.O., Rdnr. 63). Ungeachtet der Frage, für welches dieser Modelle sich ein Mitgliedstaat entschieden hat, gilt jedenfalls für die Fälle, in denen das Regulierungsmodell eines Mitgliedstaats ein Erlaubnissystem beinhaltet, welches die Veranstaltung von Glücksspiel durch private Anbieter einer administrativen Erlaubnisnotwendigkeit unterwirft, dass dieses System zwingend auf

„objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen [muss], die der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen setzen, damit diese nicht willkürlich erfolgt“ (EuGH, Rs. C-46/08, *Carmen Media*, a.a.O., Rdnr. 87).

Zudem muss für Antragsteller eine dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes genügende Rechtsschutzmöglichkeit gegen die Verwaltungsentscheidung eingeräumt werden (EuGH, Rs. C-203/08, *Sporting Exchange*, a.a.O., Rdnr. 50; EuGH, Rs. C-46/08, *Carmen Media*, a.a.O., Rdnr. 87; EuGH, Rs. C-64/08, *Engelmann*, a.a.O., Rdnr. 55). Der Umstand, dass Rechtsschutz gewährt wird, genügt für sich allein jedoch nicht, um die Unionsrechtskonformität sicherzustellen (EuGH, Rs. C-326/07, *Kommission/Italien*, a.a.O., Rdnr. 54).

Sofern ein Mitgliedstaat nicht lediglich ein Erlaubnissystem vorsieht, sondern vielmehr Konzessionen für den Betrieb von Glücksspiel vergibt, muss die Vergabe – ungeachtet der fehlenden Harmonisierung des Rechts der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen in der Europäischen Union – dem Transparenzgrundsatz genügen (EuGH, Rs. C-203/08, *Sporting Exchange*, a.a.O., Rdnrn. 39 ff.; EuGH, Rs. C-64/08, *Engelmann*, a.a.O., Rdnrn. 49 ff.).

f) Darlegungs- und Beweislast

Für die Erfüllung aller Voraussetzungen der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit trifft den Mitgliedstaat die Darlegungs- und Beweislast (EuGH, Rs. C-42/02, *Lindman*, Slg. 2003, I-13519, Rdnrn. 25, 26; EuGH, Rs. C-316/07 u.a., *Stoß*, a.a.O., Rdnr. 71). Dazu gehört im Zusammenhang mit der Systematik und der Kohärenz der Regelung auch, dass der Mitgliedstaat seine Regelung durch eine Untersuchung der Zweckmäßigkeit und Verhältnismäßigkeit der beschränkenden Maßnahmen begleitet. Das bedeutet aber nicht zwingend, dass diese Untersuchung bereits vor Erlass der fraglichen Regelung vorgelegen haben muss. Vielmehr kann genügen, dass die zuständigen Behörden ihrer Darlegungs- und Beweislast in einem möglichen Gerichtsverfahren, in dem die Systematik und Kohärenz der Regelungen bestritten wird, durch die Vorlage derartiger Untersuchungen nachkommen (EuGH, Rs. C-316/07 u.a., *Stoß*, a.a.O., Rdnrn. 71, 72).

VI. Die europarechtliche Rechtmäßigkeit der Regelungen des GlüStV

Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von einzelnen Regelungen des GlüStV kommt es nicht maßgeblich auf den 1. GlüÄndStV an, sondern darauf, ob der GlüStV in seiner geänderten Fassung den oben dargestellten europarechtlichen Anforderungen, insbesondere im Hinblick auf die Erfordernisse der Systematik und Kohärenz bei der Umsetzung der Ziele des GlüStV und auf die Erfordernisse der Transparenz, Objektivität und Bestimmtheit der Regelungen, gerecht wird. Jede einzelne beschränkende Regelung ist dabei für sich auf ihre Geeignetheit zur Erreichung der angestrebten Ziele zu überprüfen; die Kohärenz der Gesamtregelung ist jedoch eine Voraussetzung für die Bejahung der Geeignetheit einzelner Beschränkungen (s.o. S. 63 f). Im Folgenden ist daher zunächst kurz die Gesamtkohärenz der Regulierung des Glücksspielsektors in ihrer geänderten Form zu analysieren; sodann sind die einzelnen Beschränkungen des gewerblichen Betriebs von Geldspielgeräten in Gaststätten und in Spielhallen sowie der Spielhallen-Errichtung und des Spielhallen-Betriebs (s. oben S. 50 f.) der Einzelprüfung zu unterziehen.

1. Allgemeine Rechtmäßigkeitsfragen

a) Ziele des GlüStV

Durch den 1. GlüÄndStV wird zunächst die Zielbestimmung des § 1 GlüStV geringfügig modifiziert. So werden die in den Ziff. 1 – 5 aufgezählten Ziele nunmehr ausdrücklich als „gleichrangig“ bezeichnet. Das „Begrenzungsziel“ der alten Ziff. 2 wird im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs dahingehend umgewandelt, dass nunmehr nicht mehr die Begrenzung als solche ein Ziel des GlüStV ist, sondern lediglich die Lenkung des natürlichen Spieltriebs in geordnete und überwachte Bahnen, um damit unerlaubtem Glücksspiel in Schwarzmärkten entgegenzuwirken. Allerdings bleibt es in Ziff. 1 bei der Verhinderung der Entstehung von Glücksspielsucht und Wettspielsucht als Ziele des GlüStV. Neu in Ziff. 5, für die hiesige Problematik aber ohne Belang, ist die Einfügung des Ziels der Bekämpfung von Gefahren für die Integrität sportlicher Wettkämpfe im Zusammenhang mit dem Vertrieb von Sportwetten („Schiedsrichterskandale“ etc.).

An den von den Ländern verfolgten Zielen ist aus europarechtlicher Sicht im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs grundsätzlich nichts auszusetzen. Alle verfolgten Ziele passieren für sich betrachtet und auch in ihrer Gesamtheit ohne Zweifel den Test des „zwingenden Erfordernisses des Allgemeinwohls“ (vgl. oben S. 61 f.). Auch die Regelung des § 1 S. 2 GlüStV (2011), wonach differenzierte Maßnahmen für die einzelnen Glücksspielformen vorgesehen sind, um deren spezifischen Sucht-, Betrugs-, Manipulations- und Kriminalitätsgefährdungspotentialen Rechnung zu tragen, ist insoweit nicht zu beanstanden (vgl. EuGH, Rs. C-46/08, *Carmen Media*, a.a.O., Rdnrn. 62, 63; EuGH, verb. Rs. C-316/07 u.a., *Stoß*, a.a.O., Rdnrn. 95, 96).

b) Allgemeine Regelungen des GlüStV als Beschränkungen der Niederlassungs-/Dienstleistungsfreiheit

Nicht alle der oben (S. 50 f.) aufgezählten Neuregelungen, die das gewerbliche Bereithalten von Geldspielgeräten in Spielhallen oder Gaststätten betreffen, stellen Beschränkungen der Niederlassungs- und/oder Dienstleistungsfreiheit für EU-Ausländer in Deutschland dar. So sind die Übertragung der (begrenzten) Regelungsbefugnis für das Recht der Spielhallen durch die Föderalismusreform (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) sowie die darauf teilweise fußende Regelung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, insbesondere des Rechts der Spielhallen, durch Staatsvertrag der Länder an sich (§ 2 Abs. 3, Abs. 4, § 3 Abs. 7 GlüStV) europarechtlich unbedenklich. Problematisch ist regelmäßig nicht das Vorhanden-

sein einer Regelung als solcher, sondern lediglich deren Inhalt. Auch besteht kein europarechtlicher Anspruch darauf, dass ein föderal gegliederter Mitgliedstaat sämtliche wirtschaftsrechtlichen Regelungen zentral trifft. Vielmehr achtet das Unionsrecht die nationale Identität der Mitgliedstaaten, zu der auch deren regionale oder föderale Gliederung gehört.

Soweit § 4 Abs. 3, 4 GlüStV ein Verbot der Beteiligung von Minderjährigen an Glücksspielen und ein Verbot des Betriebens von Glücksspiel über das Internet vorsehen und die §§ 5 – 7 GlüStV allgemeine Beschränkungen der Werbung für Glücksspiele, die Erstellung eines Sozialkonzepts sowie Aufklärungspflichten vorschreiben und diese auch auf den gewerblichen Betrieb von Geldspielgeräten in Spielhallen und Gaststätten erstrecken, erscheinen diese Regelungen teilweise bereits nicht als Eingriffe in die Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit, teilweise bestehen keine Anhaltspunkte, die Regelungen als unverhältnismäßig einzustufen.

Zwar können auch Werbeverbote einem ausländischen Anbieter den Marktzutritt erschweren und daher im Einzelfall als Eingriff in die Grundfreiheiten zu qualifizieren sein (vgl. nur EuGH, Rs. C-470/93, *Mars*, Slg. 1995, I-1923); angesichts der Beschränkung des Verbots in § 5 Abs. 3 S. 1 GlüStV auf bestimmte Formen der Werbung und damit auch der geringeren Intensität eines möglichen Eingriffs und angesichts der legitimen Zielsetzungen des GlüStV (s. oben S. 67) sowie des weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraums der Mitgliedstaaten bei der Verfolgung dieser Ziele, erscheint zumindest die Verhältnismäßigkeit der allgemeinen Werbebeschränkungen kaum angreifbar (zu den besonderen Werbeverboten für Spielhallen s. unten S. 81).

Auch das Verbot bestimmter Arten von Angebots- oder Vertriebsformen, hier das Betreiben von Glücksspiel über das Internet durch § 4 Abs. 4 GlüStV, kann nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs durchaus einen Eingriff in die Grundfreiheiten darstellen, wenn der Marktzutritt für ausländische Anbieter erschwert wird (vgl. nur EuGH, Rs. C-322/01, *DocMorris*, Slg. 2003, I-14887, Rdnrn. 74 ff.; EuGH, Rs. C-108/09, *Ker-Optika*, a.a.O., Rdnrn. 54, 55). Allerdings bestehen angesichts des hohen Gefährdungspotentials dieser Glücksspielformen im Hinblick auf die Zielsetzungen des GlüStV keine grundsätzlichen Zweifel an der Verhältnismäßigkeit dieser Verbotsregelung an sich (vgl. auch EuGH, Rs. C-46/08, *Carmen Media*, a.a.O., Rdnr. 105). Bedenken ergeben sich allerdings hinsichtlich der Kohärenz der Ausnahmen von diesem Verbot für bestimmte Glücksspielarten im Hinblick auf die Gesamtkohärenz des neuen GlüStV (dazu unten, S. 69 ff.). So hat der Gerichtshof in der Entscheidung *Carmen Media* (s. a.a.O.) lediglich das Verbot „jedes Anbieten[s] von Glücksspielen über das Internet“ als

grundsätzlich geeignet angesehen, um legitime Ziele zu erreichen. Soweit von einem solchen Verbot Ausnahmen vorgesehen werden, müssen diese sich damit zwingend selbst kohärent in das Gesamtsystem einfügen. Dies wirft die Frage auf, wieso für das Anbieten und Vermitteln von Lotterien, Sportwetten und Pferdewetten eine Ausnahmeregelung getroffen wird, für den Bereich des gewerblichen Automatenspiels aber gerade nicht. Die Zielsetzung des GlüStV, der Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten entgegenzuwirken (vgl. § 1 Ziff. 2 GlüStV), kann durch eine solche diskriminierende Ausnahmeregelung jedenfalls schwerlich effektiv entgegengewirkt werden.

Das Verbot der Beteiligung von Minderjährigen (§ 4 Abs. 3 GlüStV), die Entwicklung von Sozialkonzepten (§ 6 GlüStV) und die Aufklärungspflichten (§ 7 GlüStV) scheinen bereits nicht geeignet zu sein, einen ausländischen Anbieter vom Markteintritt abzuhalten. Sie verhindern ihn nicht, behindern ihn nicht wesentlich und machen ihn auch nicht spürbar unattraktiver (zur Notwendigkeit der Spürbarkeit einer Beschränkung s. EuGH, verb. Rs. C-418/93 u.a., *Semeraro Casa Uno*, Slg. 1996, I-2975, Rdnr. 32; EuGH, Rs. C-190/98, *Graf*, Slg. 2000, I-493, Rdnr. 25). Sie stellen daher „Ausübungsmodalitäten“ für die Niederlassung bzw. Dienstleistungserbringung dar, die der Gerichtshof schon tatbestandlich nicht den Grundfreiheiten unterwirft, soweit inländische wie ausländische Anbieter ihnen gleichermaßen unterworfen sind und ausländische Anbieter auch faktisch durch diese Modalitäten nicht benachteiligt werden (vgl. oben S. 52 f.). Eine solche Benachteiligung ist hier aber nicht erkennbar.

Auch die Festlegung von Sperrzeiten für Spielhallen (§ 26 Abs. 2 GlüStV) dürfte im Ergebnis europarechtlich nicht anders zu beurteilen sein. Auch hierbei handelt es sich um eine Ausübungsmodalität, die keine Benachteiligung ausländischer Anbieter erkennen lässt, wie sich auch der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Nachtbackverboten und Ladenöffnungszeiten entnehmen lässt, die auf Sperrzeiten übertragen werden kann (vgl. EuGH, Rs. 155/80, *Oebel*, Slg. 1981, S. 1993; EuGH, verb. Rs. C-401/92 und C-402/92, *t'Heukske vof*, Slg. 1994, I-2199; EuGH, verb. Rs. C-69/93 und C-258/93, *Punto Casa*, Slg. 1994, I-2355; EuGH, verb. Rs. C-418/93 u.a., *Semeraro Casa Uno*, a.a.O.).

c) Kohärenz der Zielverfolgung durch den GlüStV

Allerdings bestehen – ungeachtet der Frage der Verhältnismäßigkeit der Einzelregelungen – bereits hinsichtlich der Gesamtkohärenz des nach Glücksspielarten und nach Glücksspielanbietern differenzierenden Regelungsansatzes des GlüStV in seiner geänderten Fassung erhebliche Zweifel. Diese gründen sich darauf, dass nach der Neuregelung das An-

bieten verschiedener Glücksspiele im Internet, namentlich Lotto, Sport- und Pferdewetten, sowie die Werbung für diese in Internet und Fernsehen teilweise gestattet werden (s. insbesondere §§ 4 Abs. 5, 5 Abs. 3 S. 2, 10a Abs. 4, § 27 Abs. 2 S. 2 GlüStV), gleichzeitig aber der bereits bundesrechtlich stark regulierte Betrieb von Spielhallen durch den 1. GlüÄndStV zusätzlichen, erheblich strikteren Regularien unterworfen wird als bislang. Dies steht der Feststellung des Gerichtshofs entgegen, dass gerade die Angebote

„[der] Glücksspiele über das Internet wegen des fehlenden unmittelbaren Kontakts zwischen dem Verbraucher und dem Anbieter anders geartete und größere Gefahren in sich [bergen], dass die Verbraucher eventuell von den Anbietern betrogen werden“ (EuGH, Rs. C-42/07, Placanica, a.a.O., Rdnr. 70)

Der Gerichtshof hat sodann in seiner Entscheidung Carmen Media diese Besonderheiten des Internetangebots erneut betont und auch auf die sonstigen Gefahren des Glücksspiels übertragen:

„Desgleichen können sich die Besonderheiten des Angebots von Glücksspielen im Internet als Quelle von, verglichen mit den herkömmlichen Glücksspielmärkten, anders gearteten und größeren Gefahren für den Schutz der Verbraucher und insbesondere von Jugendlichen und Personen erweisen, die eine besonders ausgeprägte Spielneigung besitzen oder eine solche Neigung entwickeln könnten. Neben dem bereits erwähnten fehlenden unmittelbaren Kontakt zwischen Verbraucher und Anbieter stellen auch der besonders leichte und ständige Zugang zu den im Internet angebotenen Spielen sowie die potenziell große Menge und Häufigkeit eines solchen Angebots mit internationalem Charakter in einem Umfeld, das überdies durch die Isolation des Spielers, durch Anonymität und durch fehlende soziale Kontrolle gekennzeichnet ist, Faktoren dar, die die Entwicklung von Spielsucht und übermäßige Ausgaben für das Spielen begünstigen und aufgrund dessen die damit verbundenen negativen sozialen und moralischen Folgen, die in ständiger Rechtsprechung herausgestellt worden sind, vergrößern können“ (EuGH, Rs. C-46/08, Carmen Media, a.a.O., Rdnr. 103).

Angesichts dieser besonderen Gefährlichkeit erscheint die Herangehensweise durch den 1. GlüÄndStV, nämlich frei verfügbare Internetangebote im Unterschied zur vorherigen Regelung für bestimmte Glücksspielarten zu ermöglichen, gleichzeitig aber die mit erheblich geringerer Zugänglichkeit und zudem mit Aufsichtspersonal – und der einhergehenden Kontrollmöglichkeit – ausgestatteten Spielhallen und damit die dort angebotenen gewerblichen Geldspielgeräte deutlich zurückzudrängen – mit Ablauf der Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 S. 2 GlüStV endet grundsätzlich die Freistellung von den neu eingeführten Zulässigkeitsvoraussetzungen für bereits betriebene Spielhallen, so dass zu diesem

Zeitpunkt auch ein Ende der Erlaubnisfähigkeit wegen Nichterfüllung der besonderen, neuen Zulässigkeitsvoraussetzungen eintreten kann (dazu näher unten S. 81 ff.) – nicht kohärent und systematisch.

Aus der Logik der Entscheidungen des Gerichtshofs – ein Glücksspielmonopol für Sportwetten lässt sich nicht rechtfertigen, wenn gleichzeitig andere Formen des Glücks- und Gewinnspiels keinen Einschränkungen unterliegen – wird von den Ländern fälschlich geschlossen, Spielhallen müssten nunmehr ohne Ausnahmemöglichkeiten weitergehenden Einschränkungen unterworfen werden, während die Regelungen für Sportwetten und weitere Glücksspielformen, auch über das Internet, erleichtert werden sollten. Weitere Einschränkungen des Spielhallenbetriebs wären aber nur dann gerechtfertigt, wenn gleichzeitig das Sportwettenmonopol sowie das Internetverbot (als an sich vom Gerichtshof anerkannt geeignetes Mittel zur Bekämpfung von Spielsucht) vollumfänglich aufrecht erhalten blieben und auch andere Glücksspielformen nicht ausgedehnt würden. All dies müsste dann allerdings mit weitgehenden Werbeverböten kombiniert werden, was infolge der vorgesehenen Ausnahmen gerade nicht geschieht. Der GlüStV weitet im Ergebnis in erheblichem Maße auch kritische Formen des Glücksspiels – an denen der Staat über sein Monopol bzw. über Konzessionsabgaben erheblich partizipiert – aus, während das bislang zulässige, privat angebotene und bundesrechtlich bereits regulierte gewerbliche Geld-Gewinnspiel dramatisch eingeschränkt werden soll.

Insoweit neben dem GlüStV eigene, deutlich weniger restriktive landesrechtliche Regelungen, wie beispielsweise das Landesglücksspielgesetz in Schleswig-Holstein, in Kraft treten sollten, stehen die voneinander abweichenden Regelungen einer bundesweiten Gesamtkohärenz glücksspielbeschränkender Bestimmungen jenseits der konkreten Inhalte des GlüStV entgegen.

2. Die Rechtmäßigkeit der Spielhallen-bezogenen Regelungen im Einzelnen

a) Erlaubniserfordernis (§ 4 Abs. 1 i.V.m. § 24 GlüStV; Unzulässigkeit der Erlaubniserteilung nach § 24 Abs. 2 i.V.m. § 1 GlüStV)

Gemäß § 4 Abs. 1 i.V.m. § 24 GlüStV unterliegen die Errichtung und der Betrieb von Spielhallen zukünftig einer umfassenden glücksspielrechtlichen Erlaubnispflicht. Das Erfordernis einer behördlichen Erlaubnis für die Aufnahme einer wirtschaftlichen, entgeltlichen Tätigkeit stellt ohne Weiteres eine Beschränkung der Niederlassungs- und/oder Dienstleistungsfreiheit dar (vgl. oben S. 59 f.). Der Gerichtshof hat sol-

che Beschränkungen im Bereich der Glücksspielregulierung als grundsätzlich geeignetes Mittel angesehen, um legitime Allgemeinwohlziele, namentlich die Begrenzung des Spielangebots sowie die bessere Kontrolle der Anbieter, durchzusetzen.

Allerdings genügt auch ein Erlaubniserfordernis dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur dann, wenn es sich systematisch und kohärent in die allgemeine Glücksspielregulierung einfügt und zudem dem Erfordernis der Transparenz genügt, d.h. insbesondere auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruht, die der Ermessensausübung durch die nationalen Behörden Grenzen setzen, damit diese nicht willkürlich erfolgen kann (vgl. oben S. 62 ff.). Diesbezüglich bestehen vorliegend erhebliche Bedenken. Zwar besteht wohl bei systematischer Auslegung auf die Erteilung der Erlaubnis ein Rechtsanspruch (*arg. e contrario* aus § 4 Abs. 2, 2 Abs. 3, 24 Abs. 1, 2 GlüStV), die Erlaubnis ist jedoch zu versagen, soweit die Errichtung oder Betrieb einer Spielhalle den Zielen des § 1 GlüStV (s. oben S. 67 f.) zuwiderliefe (oder den sonstigen Erlaubnisanforderungen des GlüStV nicht entspräche). Der Gerichtshof hat den Transparenzgrundsatz bislang in keinem Verfahren auf den Bereich der Glücksspielregulierung angewendet. Allerdings hat der Gerichtshof in der Vergangenheit einen identischen Maßstab auch auf Situationen zur Anwendung gebracht, in denen sich Mitgliedstaaten Sonderrechte hinsichtlich des Erwerbs bestimmter Unternehmen vorbehalten hatten (sog. „Goldene Aktien“). So formuliert der Gerichtshof auch in diesem Zusammenhang, dass ein System vorheriger behördlicher Genehmigungen, in angemessenem Verhältnis zum verfolgten Ziel stehen muss und

„auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen [muss], die den betroffenen Unternehmen im Voraus bekannt sind“ (EuGH, Rs. C-463/00, *Kommission/Spanien*, NJW 2003, S. 2663, Rdnr. 70).

Darüber hinaus hat der Gerichtshof festgehalten, dass die Kriterien, unter denen ein administrativer Eingriff in eine Grundfreiheit erfolgt, nicht lediglich allgemein, abstrakt und ungenau formuliert sein dürfen, da hierdurch Unsicherheit über die Umstände ausgelöst wird, in denen die Behörden den Eingriff vornehmen werden. In dem von ihm entschiedenen Fall sah der Gerichtshof Formulierungen wie „schwerwiegende Gefahr einer Unterbrechung der nationalen Grundversorgung mit Erdöl und Energieerzeugnissen“ als unzureichend genau an (EuGH, Rs. C-326/06, *Kommission/Italien*, NZG 2009, S. 906 ff., Rdnrn. 52 f.).

Im Fall des GlüStV erreichen die Versagungsgründe nicht einmal dieses Maß an Genauigkeit und sind damit zu unbestimmt. Ausweislich § 24 Abs. 2 S. 1 GlüStV

„[ist] [d]ie Erlaubnis [...] zu versagen, wenn die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle den Zielen des § 1 zuwiderlaufen“.

Durch diese Regelung wird den zuständigen Behörden dem Wortlaut nach ein weiter Beurteilungsspielraum eröffnet, der keinerlei Prognose darüber zulässt, unter welchen konkreten Umständen die Erlaubnis zu versagen ist (zur Zulässigkeit der weiteren Beschränkungen, die eine Erlaubnisversagung tragen würden, s. sogleich unten S. 74 ff.). Keines der Ziele des § 1 GlüStV beinhaltet „objektive Kriterien“, deren Erfüllung behördlich vollziehbar oder gerichtlich überprüfbar wäre. Die Ziele rekurrieren vielmehr lediglich auf die vom Gerichtshof anerkannten zwingenden Erfordernisse des Allgemeinwohls, die Beschränkungen der Grundfreiheiten im Glücksspielbereich rechtfertigen können. Der Gerichtshof lässt aber derartige pauschale Inkorporationen der zwingenden Erfordernisse in seiner Rechtsprechung gerade nicht genügen, und zwar selbst dann nicht, wenn in den mitgliedstaatlichen Rechtsakten ausdrücklich auf die unionsrechtlich akzeptierten zwingenden Erfordernisse oder das Unionsrecht im Allgemeinen verwiesen wird (EuGH, Rs. C-326/07, *Kommission/Italien*, a.a.O., Rdnr. 53). Dem entsprechend wird z.B. auch für die 13. Novelle des Außenwirtschaftsgesetzes (BGBl. 2009 I, S. 770 – AWG), durch die eine administrative Kontrollmöglichkeit des Erwerbs gebietsansässiger Unternehmen durch Drittstaatserwerber eingeführt wird, angezweifelt, dass die in § 7 Abs.1 Nr. 4 AWG genannten Eingriffsgründe – namentlich um durch die Untersagung von bestimmten Rechtsgeschäften

„die öffentliche Ordnung oder Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland im Sinne von Artikel 46 und 58 Absatz 1 des EG-Vertrags zu gewährleisten“

hinreichend bestimmt sind. So wird im Schrifttum – unter Verweis auf die o.g. Entscheidung des Gerichtshofs in der Rechtssache *Kommission/Spanien* – bezweifelt, dass diese Formulierung den Anforderungen des Unionsrechts hinsichtlich der Klarheit und Bestimmtheit der objektiven Kriterien genügt (s. lediglich *Müller-Ibold*, *Foreign Investment in Germany: Restrictions Based on Public Security Concerns and Their Compatibility with EU Law*, in: Herrmann/Terhechte (eds.), *European Yearbook of International Economic Law* 1 (2010), S. 103 (120 f.)). Zwar sind die in § 1 GlüStV genannten Ziele geringfügig präziser als § 7 Abs. 1 Nr. 4 AWG; objektive Eingriffskriterien enthalten sie hingegen ebenfalls nicht, zumal sie zum Teil auch gegenläufigen Charakter aufweisen (vgl. auch *Reichert*, Gutachten der Rechtsanwaltskanzlei Redeker Sellner Dahs v. 8.12.2010, S. 7 zur Frage der Verfassungsmäßigkeit).

Hinzu kommt, dass zur Erreichung der in § 1 GlüStV genannten Ziele jedenfalls erheblich weniger beschränkende Maßnahmen als eine (zwin-

gende) Erlaubnisversagung möglich sind. So wird der Glücksspielsucht in Spielhallen ohnehin durch den gewerberechtl. Erlaubnisvorbehalt und die Vorgaben der SpielV entgegengewirkt, die in den zurückliegenden Jahrzehnten entwickelt worden sind und traditionell von den Zielen des Spieler- und Jugendschutzes bestimmt sind. (s. hierzu auch die Antwort der Bundesregierung auf die kleine Anfrage der Abgeordneten Angelika Graf u.a., BT-Drucks. 17/4358 vom 3.01.2011, Antwort auf Frage 16 (S. 7)). Als ergänzende mildere Maßnahmen sind insbesondere Vorgaben bzgl. des in Spielhallen eingesetzten Personals, wie beispielsweise regelmäßige Schulungen zum Erkennen und zum Umgang mit pathologischem Spielverhalten, wie auch Überwachungsmaßnahmen hinsichtlich des Spielbetriebs denkbar. Im Ergebnis ist das gewerbliche Geld-Gewinnspiel bundesrechtlich ohnehin schon deutlich restriktiver reguliert als z.B. das Glücksspiel in Spielbanken (vgl. *Kramer*, Spielbanken gegen Spielhallen – Zum sog. Regelungsgefälle zwischen staatlich konzessioniertem Glücksspiel und gewerblichem Geldgewinnspiel, WRP 2011, S. 180 ff.). Damit fehlt es auch an der Erforderlichkeit der weitreichenden Erlaubnisverweigerungsmöglichkeiten, die sich aus dem GlüStV ergeben.

Soweit die Erlaubnis auf Grundlage des § 24 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 1 GlüStV versagt werden muss, handelt es sich beim Erlaubniserfordernis daher um eine unverhältnismäßige und damit ungerechtfertigte Beschränkung der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit.

b) Zahlenmäßige Beschränkung der Erlaubnisse pro Gemeinde (§ 25 Abs. 3 GlüStV)

Gemäß § 25 Abs. 3 GlüStV können die Länder Regelungen erlassen, durch die die Zahl der zulässigen Spielhallen in den Gemeinden beschränkt wird. Eine solche direkte zahlenmäßige Beschränkung der zuzulassenden Wirtschaftsteilnehmer stellt ohne Zweifel eine gravierende rechtfertigungsbedürftige Beschränkung der Niederlassungs- bzw. Dienstleistungsfreiheit EU-ausländischer Anbieter dar (EuGH, verb. Rs. C-338/04 u.a., *Placanica*, a.a.O., Rdnrn. 50, 51). Als rechtfertigendes zwingendes Erfordernis kommt im Prinzip die Bekämpfung pathologischer Spielverhaltens durch Beschränkung der Spielmöglichkeiten in Betracht. Eine allgemeine Beschränkung des Glücksspielangebots sieht der GlüStV in seiner zukünftigen Fassung jedoch gerade nicht mehr vor (vgl. oben S. 61). Schon angesichts dieser Uneindeutigkeit im Hinblick auf das Vorhandensein eines entsprechenden Zieles im GlüStV bestehen gegen die Möglichkeit der zahlenmäßigen Beschränkung erhebliche rechtliche Bedenken. Denn bei zahlenmäßigen Beschränkungen, die hier zudem noch mit Mindestabstandsregelungen und dem Verbot eines

baulichen Verbundes gekoppelt werden, handelt es sich um einen scharfen Eingriff in die Niederlassungs- und/oder Dienstleistungsfreiheit, da sich eine zahlenmäßige Beschränkung einem Berufsverbot ähnlich auf neue Marktteilnehmer auswirken kann. Für eine solche Beschränkung mit marktabschottender Wirkung bedarf es daher besonders gewichtiger Argumente, an denen es für den Spielhallenbereich jedoch zu fehlen scheint. So lassen auch die Erläuterungen zum GlüStV keine Gründe für die Einführung der Möglichkeit zahlenmäßiger Beschränkung erkennen, obwohl die Regelung als objektive Berufszugangsbeschränkung eingeordnet wird und damit die erhöhten Rechtfertigungsanforderungen anerkannt werden (s. Erläuterungen zum Entwurf des GlüStV, Stand: 28. Oktober 2011, S. 43). Auch die Bundesregierung weist in ihrer o.g. Antwort auf eine kleine Anfrage wiederholt darauf hin, dass nach ihrer Auffassung für eine Einbeziehung des Spielhallenwesens in das Monopolssystem der Länder keine, den damit verbundenen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG rechtfertigenden hinreichenden Gründe ersichtlich seien (Antwort der Bundesregierung auf Frage 16, a.a.O., S. 8; Antwort auf Frage 18, a.a.O., S. 8). Diese Überlegung ist auf den Eingriff in die Niederlassungs- und/oder Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich übertragbar, zumal der Gerichtshof – wie bereits die unterschiedliche Bewertung des früheren GlüStV gezeigt hat – eher strengere Maßstäbe anlegt als das Bundesverfassungsgericht.

Selbst bei Annahme des Vorhandenseins eines hinreichenden Rechtfertigungsgrundes bestehen erhebliche Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der Beschränkung im Hinblick auf Kohärenz und Systematik. Der GlüStV gibt für die zahlenmäßige Beschränkung ebenso wie für die Mindestabstandsregelung nämlich keinerlei Richtmaß vor, sondern stellt die Beschränkung in das Ermessen der Länder. Insoweit können die Länder unterschiedlichen Gebrauch von ihrem Ermessen machen, d.h. es besteht die Möglichkeit, dass in manchen Bundesländern strikte zahlenmäßige Beschränkungen greifen, während andere Bundesländer von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen. Eine kohärente und systematische Begrenzung des Glücks- und Gewinnspiels für das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland als Mitgliedstaat der Europäischen Union – wie sie der Gerichtshof fordert (vgl. EuGH, Rs. C-46/08, *Carman Media*, a.a.O., Rdnrn. 69, 70) – lässt sich so nicht erreichen.

Darüber hinaus ist eine derartige Regelung, mit der das gewerberechtliche Erlaubnissystem für Spielhallen faktisch in ein deutlich restriktiveres Konzessionssystem umgewandelt werden kann, keineswegs erforderlich. Die in § 1 GlüStV genannten Ziele lassen sich durch den bestehenden gewerberechtlichen Erlaubnisvorbehalt bzw. mit dem in § 24 Abs. 1, 2 GlüStV vorgesehenen ordnungsrechtlichen Erlaubnissystem, sofern es denn mit objektiven, inhaltlich bestimmten und nicht-diskriminierenden

Kriterien versehen wird, ohne weiteres verwirklichen. Die Möglichkeit der zahlenmäßigen Beschränkung stellt jedenfalls kein derartiges Kriterium dar. Im Übrigen gelten auch für den Betrieb eines Konzessionssystems nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs strenge Voraussetzungen im Hinblick auf die Vergabe der Konzessionen, die dem Transparenzgebot entsprechen muss und der daher auch ein auf objektiven, nicht-diskriminierenden und im Vorhinein bekannten Kriterien beruhendes System zugrunde liegen muss (vgl. EuGH, Rs. C-64/08, *Engelmann*, a.a.O.). Diesem Erfordernis wird durch die pauschale Beschränkungsmöglichkeit in § 25 Abs. 3 GlüStV jedoch in keiner Weise Rechnung getragen.

Hinzu kommen die allgemeinen Bedenken hinsichtlich der Kohärenz der Glücksspielregulierung (vgl. oben S. 69 ff.), die einer Rechtfertigung ebenfalls entgegenstehen.

c) Verbot der Mehrfachkonzessionen – Mindestabstandsregelung (§ 25 Abs. 1 GlüStV)

Gemäß § 25 Abs. 1 GlüStV ist zwischen Spielhallen zukünftig ein Mindestabstand einzuhalten, der von den Ländern näher geregelt werden soll. Das damit bezweckte „Verbot der Mehrfachkonzessionen“ (die bislang zulässig sind) begegnet besonders gravierenden Bedenken im Hinblick auf seine Unionsrechtskonformität. Zunächst ist festzuhalten, dass der Gerichtshof Mindestabstandsregelungen in seiner Rechtsprechung in der Vergangenheit unzweifelhaft als Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit qualifiziert hat (EuGH, Urt. vom 11. März 2010 zur Rs. C-384/08, *Attanasio Group Srl*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, Rdnr. 45; EuGH, Urt. vom 1. Juni 2010 zu den verb. Rs. C-570/07 und 571/07, *Blanco Pérez*, noch nicht in der amtlichen Sammlung veröffentlicht, EuZW 2010, S. 578 ff., Rdnrn. 56 ff.). Der Gerichtshof begründet dies damit, dass durch Mindestabstandsregelungen indirekt die Zahl der zuzulassenden Wirtschaftsbeteiligten begrenzt wird und dadurch der Marktzutritt für neue Anbieter ab einem gewissen Punkt nicht mehr möglich ist und die Wirtschaftsbeteiligten zudem ihre Tätigkeit nicht in den Geschäftsräumen ihrer Wahl ausüben können (EuGH, verb. Rs. C-570/07 und C-571/07, *Blanco Pérez*, a.a.O., Rdnrn. 56 ff.). Demzufolge hat auch der Generalanwalt *Cruz Villalón* in seinen kürzlich ergangenen Schlussanträgen (verb. Rs. C-72/10 und C-77/10, *Costa*, a.a.O.) gesetzlich vorgeschriebene Mindestabstände zwischen Glücksspielanbietern als Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit angesehen.

Im Hinblick auf die Rechtfertigung der Mindestabstandsregelungen hat der Gerichtshof in den beiden oben genannten Fällen allerdings

unterschiedlich entschieden. So hat er das spanische Mindestabstandsgebot für Apotheken als eine geeignete Maßnahme angesehen, um die Medikamentenversorgung in der geographischen Breite sicherzustellen und damit zum Ziel einer qualitativ hochwertigen Gesundheitsversorgung der Bevölkerung beizutragen (EuGH, verb. Rs. C-570/07 und C-571/07, *Blanco Pérez*, a.a.O., Rdnrn. 68 ff.). Hingegen hat der Gerichtshof die im Hinblick auf die italienischen Regelungen über den Mindestabstand zwischen Tankstellen vorgetragene Gründe des Schutzes der Verkehrssicherheit, der Umwelt sowie der Gesundheit bereits als nicht einschlägig erachtet bzw. darauf hingewiesen, dass diesen Erfordernissen mit einer Prüfung im Einzelfall bei der jeweiligen Genehmigungsentscheidung besser Rechnung zu tragen ist (EuGH, Rs. C-384/08, *Attanasio Group Srl*, a.a.O., Rdnrn. 51 ff.).

Wendet man diese Überlegungen des Gerichtshofs auf die Konstellation des GlüStV an, so käme eine Rechtfertigung nur über den Aspekt der Sicherstellung einer breiten geographischen Versorgung mit Spielhallen in Betracht (vgl. insoweit auch die Überlegungen des Generalanwalts *Cruz Villalón* in der verb. Rs. C-72/10 und C-77/10, *Costa*, a.a.O., Rdnrn. 62 ff.). Ausweislich der Erläuterungen zum GlüStV soll mit den Mindestabstandsregelungen jedoch gerade eine Eingrenzung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels bewirkt werden, indem Mehrfachkonzessionen vermieden werden und eine Begrenzung der Zahl der Spielhallen bewirkt wird (Erläuterungen zum GlüStV, Stand: 28. Oktober 2011, S. 12 f., 42 f.) Darüber hinaus könnte die Mindestabstandsregelung auch gar keine breite geographische Versorgung bewirken, weil die bauplanungsrechtliche Situation in vielen Gemeinden dazu führen wird, dass eine Erlaubnis einer Spielhalle außerhalb des Mindestabstands bereits aus bauplanungsrechtlichen Gründen oftmals nicht zulässig sein wird.

Im Hinblick auf die in den Erläuterungen zum GlüStV angeführten Gründe für die Mindestabstandsregelung bestehen über die Frage, ob sie überhaupt als Rechtfertigungsgründe anerkannt werden könnten (s.o.), hinaus erhebliche Zweifel an der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Regelung. Auch wenn sich mit einer Mindestabstandsregelung keine breite geographische Versorgung sicherstellen lässt, bewirkt eine solche Regelung letztlich eine geographische Verteilung von Spielhallen und damit auch eine Ansiedlung in Gebieten, in denen es bisher keine derartigen Spielangebote gibt. Das Ziel der Begrenzung der Zahl von Spielhallen lässt sich damit zwar im Ergebnis erreichen, dem Ziel der Einbeziehung von Spielhallen in den GlüStV, nämlich der Verhinderung der Glücksspielsucht (vgl. nur Erläuterungen zum GlüStV, Stand: 28. Oktober 2011, S. 41 ff.) steht das Mindestabstandsgebot jedoch eher entgegen, da mit einer breiteren räumlichen Verteilung von Spielhallen in der Tendenz auch breitere Kreise der Bevölkerung überhaupt erst

einen leichten, ortsnahen Zugang zu solchen Einrichtungen erhielten. Bislang ist nämlich die Entfernung zu einer Spielhalle im Verbund mit der natürlichen Hemmschwelle beim erstmaligen Betreten das Haupthindernis für die Ausbildung der Spielneigung hinsichtlich des gewerblichen Geld-Gewinnspiels.

Was die Zielsetzung angeht, durch das Verbot von Mehrfachkonzessionen „das gewerbliche Spiel auf das Maß von Unterhaltungsspielen und damit als harmloses Zeitvergnügen zurückzuführen [...]“ (Erläuterungen zum GlüStV, Stand: 28. Oktober 2011, S. 42), ist überhaupt nicht ersichtlich, inwiefern dieses Ziel durch Mindestabstandsgebote erreicht werden soll, die ja keinen Einfluss auf die konkrete Ausgestaltung des Spiels haben. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs sind mitgliedstaatliche Maßnahmen, die nicht gewährleisten können, dass die angeblichen Ziele der Maßnahme erreicht werden, nicht zu rechtfertigende Beschränkungen der Grundfreiheiten (vgl. nur EuGH, verb. Rs. C-316/07 u.a., *Stoß*, a.a.O., Rdnrn. 78, 83, 88, 97).

Soweit das Mindestabstandserfordernis dazu dient, die Zahl der Spielhallen in einer Gemeinde indirekt zu beschränken, genügt es nicht dem oben ausgeführten Erfordernis der Transparenz von Erlaubnissystemen, zumal der GlüStV den Mindestabstand selbst nicht vorgibt, sondern den Ländern insoweit einen Umsetzungsspielraum einräumt, ohne diesen auch nur ansatzweise näher einzuzugrenzen. So wären nach dem GlüStV sowohl Mindestabstände von 10 m als auch 10 km theoretisch denkbar. Die Regelung des GlüStV wird daher dazu führen, dass die Länder möglicherweise höchst unterschiedliche Mindestabstände vorsehen, was wiederum einem kohärenten und systematischen Glücksspielrecht – so diese das Ziel für die Mindestabstandsregelung sein soll – abträglich ist. Jedenfalls ist eine Mindestabstandsregelung keinesfalls erforderlich, um den Zielen des GlüStV gerecht zu werden, da diese Ziele im Rahmen der Erlaubniserteilung nach § 33i GewO bzw. § 24 Abs. 1, 2 GlüStV ja ohnehin berücksichtigt werden müssen und die Möglichkeit, eine Erlaubnis mit Nebenbestimmungen zu versehen (§ 24 Abs. 2 S. 3 GlüStV) ein wirksames und völlig ausreichendes Mittel ist, die Durchsetzung der Ziele des GlüStV zu erreichen, sofern das Erlaubnissystem mit objektiven, inhaltlich bestimmten und nicht diskriminierenden Kriterien versehen wird.

Zudem wirkt auch das Mindestabstandserfordernis in der Tendenz – auch wenn es gemäß der „Guillotine-Regelung“ (§ 29 Abs. 4 GlüStV) nach fünf Jahren auch bestehende Spielhallen mit einbezieht – jedenfalls bis dahin als Schutzvorschrift zu Gunsten bestehender, d.h. bereits ansässiger Spielhallen und schottet damit den Spielhallenmarkt gegenüber neuen ausländischen Wettbewerbern ab (s. im Einzelnen zur Guillotine-Regelung unten S. 81 ff.), was die Anforderungen an eine mögliche

Rechtfertigung, die hier ohnehin fraglich erscheint, noch einmal erhöht (vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts *Cruz Villalón* in der verb. Rs. C-72/10 und C-77/10, *Costa*, a.a.O., Rdnrn. 67 f.).

Schlussendlich scheidet eine Rechtfertigung der Mindestabstandsregelung auch deshalb, weil der GlüStV insgesamt kein kohärentes System der Glücks- und Gewinnspielregulierung im Sinne der Rechtsprechung des Gerichtshofs herstellt (s. dazu oben S. 69 ff.).

d) *Verbot des baulichen Verbundes mit weiteren Spielhallen bzw. Sportwettenvermittlung (§ 25 Abs. 2, 21 Abs. 2 GlüStV)*

§ 25 Abs. 2 GlüStV sieht vor, dass zukünftig in einem „gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex“, in dem bereits eine Spielhalle untergebracht ist, eine Erlaubnis weiterer Spielhallen ausgeschlossen ist. Auch diese Regelung bezweckt das Verbot von Mehrfachkonzessionen. Es handelt sich daher ohne Zweifel ebenfalls um einen beschränkenden Eingriff in die Niederlassungs- und/oder Dienstleistungsfreiheit, der rechtfertigungsbedürftig ist.

Die Regelung wirkt ähnlich wie das Mindestabstandsgebot nach § 25 Abs. 1 GlüStV, beinhaltet aber bereits die abschließende Regelung, d.h. sie bedarf keiner weiteren Ausgestaltung mehr durch die Länder. Gleichzeitig ist der Begriff des „Gebäudekomplexes“ in seiner Bedeutung unklar. Zudem kann es in Anwendung des § 25 Abs. 2 GlüStV zu der eigenartigen Situation kommen, dass zwar auf der gegenüberliegenden Straßenseite eine Spielhalle eröffnet werden darf, hingegen nicht in einem entfernteren Teil z.B. eines großen Einkaufszentrums als „Gebäudekomplex“. Damit ist die Regelung bereits objektiv nicht geeignet, etwas zur Erreichung ihres Ziels beizutragen, das in der Beschränkung der Zahl der Spielhallen besteht (vgl. Erläuterungen zum GlüStV, Stand: 28. Oktober 2011, S. 12 f., 42 f.), denn die Regelung ist in sich wegen der soeben aufgezeigten „Zielungenauigkeit“ ungeeignet, eine gegebenenfalls gewünschte Beschränkung der Spielhallen-Zulassungen zu erreichen. Zudem wirkt sich das Verbot einseitig zu Gunsten bestehender Spielhallen aus und führt für sie zu einem Wettbewerbsschutz gegenüber neuen Anbietern. Eine derartige marktabschottende Wirkung wird vom Gerichtshof üblicherweise besonders kritisch gesehen (s. EuGH, Rs. C-384/08, *Attanasio Group Srl*, a.a.O. Rdnrn. 45, 53 f.). Was die Zielsetzung angeht, durch das Verbot des baulichen Verbundes den Charakter des gewerblichen Geld-Gewinnspiels in ein Unterhaltungsspiel umzuformen (Erläuterungen zum GlüStV, Stand: 28. Oktober 2011, S. 42), ist auch im Hinblick auf diese Regelung überhaupt nicht ersichtlich, inwiefern dieses Ziel durch das Verbot des baulichen Verbundes erreicht werden soll (s.o. zu den Mindestabstandsregelungen, S. 78).

In gleicher Weise stellt auch das Verbot der Vermittlung von Sportwetten in Gebäuden oder Gebäudekomplexen, in denen bereits Spielhallen betrieben werden (§ 21 Abs. 2 GlüStV), einen Eingriff in die Niederlassungs- und/oder Dienstleistungsfreiheit dar, der rechtfertigungsbedürftig ist. Ausweislich der Erläuterungen zum GlüStV handelt es sich bei der Vorschrift um eine Maßnahme der Suchtprävention (Erläuterungen zum GlüStV, Stand: 28. Oktober 2011, S. 40). Es bestehen jedoch auch hier hinsichtlich der Rechtfertigungsmöglichkeit erhebliche Zweifel, da bereits nicht erkennbar ist, inwiefern von einer räumlichen Nähe zwischen unterschiedlichen Glücks- und Gewinnspielanbietern besondere Gefahren ausgehen sollen, zumal vergleichbare Abstandsregelungen beispielsweise für Lotterieannahmestellen gerade nicht vorgesehen sind. Diese Ungleichbehandlung spricht gegen die Kohärenz der Regelung. Hinzu kommt – wie auch hinsichtlich der Regelung des § 25 Abs. 2 GlüStV –, dass die Regelung nicht zielgenau sicherstellen kann, dass zwischen Spielhallen und Sportwettenanbietern keine räumliche Nähe besteht („gegenüberliegende Straßenseite“). Überdies lässt die Regelung völlig offen, ob es sich um eine Priorität zu Gunsten von Spielhallen handelt – worauf die Regelungssystematik und der Wortlaut hindeuten –, d.h. dass sich eine Spielhalle auch bei späterer Erlaubnis gegen eine Sportwettenannahmestelle durchsetzt, oder ob – wofür rechtsstaatliche Gründe sprechen – es sich um eine zeitliche Priorität handelt, so dass ein Sportwettbürobetreiber einen Abwehranspruch gegen die Erlaubnis einer Spielhalle in einer räumlichen Lage hätte, bei der ihn nach der Eröffnung das Verbot des § 21 Abs. 2 GlüStV treffen würde. Dann würde durch die Verbotswirkung des § 21 Abs. 2 GlüStV indirekt auch die Errichtung und der Betrieb von Spielhallen weiteren intransparenten Beschränkungen unterworfen.

Auch hier gilt, dass zur Verwirklichung der in § 1 GlüStV genannten Ziele, zu denen eine allgemeine Beschränkung des Glücksspiels grundsätzlich nicht mehr gehört, das Verbot eines baulichen Verbundes und das generelle Verbot einer Koppelung von Spielhallen und Sportwettbüros nicht erforderlich sind, da die Ziele durch ein unionsrechtskonform ausgestaltetes Erlaubnissystem im Sinne von § 24 GlüStV ohne weiteres erreicht werden können.

Zu diesen Bedenken hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Regelungen des § 25 Abs. 2 sowie des § 21 Abs. 2 GlüStV treten die allgemeinen Bedenken hinsichtlich der fehlenden Kohärenz des gesamten GlüStV hinzu (s. oben S. 69 ff.).

e) *Besondere Werbebeschränkungen (§ 26 Abs. 1 GlüStV)*

Gemäß § 26 Abs. 1 GlüStV darf von der äußeren Gestaltung der Spielhalle keine Werbung für den Spielbetrieb oder die in der Spielhalle angebotenen Spiele ausgehen oder durch eine besonders auffällige Gestaltung ein zusätzlicher Anreiz für den Spielbetrieb geschaffen werden. Vergleichbare Regelungen sind weder für Spielbanken im GlüStV vorgesehen, obwohl das Gefährdungspotential von in Spielbanken angebotenen Spielen jedenfalls in wirtschaftlicher Hinsicht wegen fehlender Einsatz- und Verlustbeschränkungen etc. höher ist, noch für sonstige Gebäude, in denen Glücksspiel oder Glücksspielvermittlung angeboten wird. Selbst Glücksspielarten, die nach wie vor dem staatlichen Monopol unterliegen, sind damit an keine derart umfassenden Werbeverbote, wie sie § 26 Abs. 1 GlüStV für Spielhallen vorsieht, gebunden. Insoweit steht jedenfalls die Kohärenz der Regelungen des GlüStV auch in dieser Hinsicht in Frage, zumal die Regelung höchst unbestimmt ist und sich aus der Regelung selbst nicht ergibt, welche Form der äußeren Gestaltung noch zulässig sein soll.

Allerdings kommt auch den besonderen Werbebeschränkungen für sich genommen kaum der Charakter von Beschränkungen der Niederlassungs- und/oder Dienstleistungsfreiheit zu, da sie die Leistungserbringung kaum spürbar behindern oder weniger attraktiv machen. Vielmehr steht anzunehmen, dass der Gerichtshof derlei Werbebeschränkungen – die derzeit z.B. aus baurechtlichen Gründen ohnehin teilweise greifen können – lediglich als Modalitäten der Niederlassung bzw. Dienstleistungserbringung ansieht, die EU-ausländische Wirtschaftsteilnehmer weder rechtlich noch faktisch benachteiligen und daher bereits tatbestandlich keinen Eingriff in die Grundfreiheiten darstellen (s. auch oben S. 52 f. und S. 67 ff.).

f) *Sog. Guillotine-Regelung (§ 29 Abs. 4 GlüStV)*

Die oben dargestellten Regelungen über die Beschränkung der Zulässigkeit der Errichtung und des Betriebs von Spielhallen gelten nicht allein für Neuzulassungen, sondern mit Ablauf einer Frist von fünf Jahren ab Inkrafttreten des 1. GlüÄndStV auch für bereits bestehende Spielhallen, soweit die gewerberechtliche Erlaubnis für den Betrieb dieser Spielhallen vor dem 28. Oktober 2011 erteilt wurde. Für nach dem Stichtag erteilte Erlaubnisse gilt lediglich eine Frist von einem Jahr. Mit Ablauf des – voraussichtlich – 30.06.2017 (bzw. des 30.06.2013) werden also alle Spielhallen, die keine Erlaubnis nach § 24 GlüStV erhalten haben, unzulässig und müssen geschlossen werden. Lediglich für Spielhallen, die bereits vor dem 28. Oktober 2011 über eine gewerberechtliche Erlaubnis verfügten, besteht nach § 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV die Mög-

lichkeit, zur Vermeidung unbilliger Härten für einen angemessenen Zeitraum eine Befreiung von einzelnen Anforderungen der § 24 Abs. 2 und § 25 zu erhalten. Durch die Regelung des § 29 Abs. 4 wird also auch eine bisher zulässige wirtschaftliche Tätigkeit für die Zukunft einer Erlaubnispflicht unterworfen, was ohne Zweifel einen Eingriff in die Niederlassungs- und/oder Dienstleistungsfreiheit von EU-ausländischen Wirtschaftsbeteiligten bedeutet, soweit ein entsprechender grenzüberschreitender Sachverhalt gegeben ist. Da die o.g. Beschränkungen (Mindestabstand, baulicher Verbund etc.) bislang nicht existierten, besteht die Gefahr, dass eine nicht unerhebliche Zahl von Spielhallen nicht mehr erlaubnisfähig sein wird, die bislang legal betrieben werden konnten.

Auf diese Situation sind die Überlegungen des Gerichtshofs zur Notwendigkeit objektiver Kriterien (s. dazu oben S. 66 ff.) *mutatis mutandis* heranzuziehen; im Kern müssen sie sogar erst recht und umso strenger gelten, da nicht lediglich über die Zulassung für die Zukunft entschieden wird, sondern über die Fortführung existierender Gewerbebetriebe (so auch *Schneider*, Bestandsschutz im Rechtsstaat, Zur Verfassungsmäßigkeit der Übergangsregelungen im neuen Spielhallenrecht der Länder, GewArch 2011, S. 457 ff.; zur Schutzverstärkung durch die EU-Grundrechte s. sogleich unten S. 83 f.).

Die Entscheidung über die Zulassung muss also auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen, die den betroffenen Unternehmen im Voraus bekannt sind. Für die Wirtschaftsbeteiligten muss also insbesondere im Vorhinein erkennbar sein, ob sie die objektiven Erlaubnisanforderungen erfüllen oder nicht. Dies ist aber im Hinblick auf zahlenmäßige Beschränkungen, auf die Mindestabstandsregelungen (die ggfs. erlassen werden können) und das Verbot des baulichen Verbundes und insbesondere auf die zwingenden Erlaubnisversagungsregelung in § 24 Abs. 2 GlüStV gerade nicht der Fall. Selbst wenn man diese Kriterien für sich betrachtet als objektiv und vorhersehbar ansieht, so ist jedoch insbesondere nicht erkennbar, nach welchen Kriterien die Zulassungsbehörden einen Antragskonflikt zwischen zwei oder mehr bestehenden Spielhallen entscheiden wollen, von denen nur eine oder nur ein Teil nach Maßgabe der Vorschriften des GlüStV erlaubnisfähig sind. Für die von den Behörden zu treffende Auswahlentscheidung gibt der GlüStV keinerlei objektive Kriterien vor; er eröffnet den Zulassungsbehörden damit einen kaum eingegrenzten Ermessensspielraum. Dies führt dazu, dass die Guillotine-Regelung eine unverhältnismäßige Beschränkung der Niederlassungs- und/oder Dienstleistungsfreiheit darstellt. Auch die Einführung einer Härtefallregelung ändert nichts an dieser Beurteilung, da sie keinerlei Kriterien enthält, anhand derer das Eingreifen der Härtefallklausel objektiv beurteilt werden könnte. Viel-

mehr werden sowohl der Zeitraum der Befreiung als auch die jeweiligen Anforderungen völlig ins Ermessen der Behörden gestellt. Für einen Betreiber einer Spielhalle ist auch diesbezüglich nicht anhand objektiver Kriterien im Voraus erkennbar, ob und unter welchen Voraussetzungen er eine Befreiung erlangen kann.

VII. Schutzverstärkung durch die Unionsgrundrechte

Neben der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit können sich EU-ausländische Wirtschaftsteilnehmer zudem auch – schutzverstärkend – auf die Grundrechte des Unionsrechts, insbesondere auf die unternehmerische Freiheit (Art. 16 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. EU 2010 Nr. C 83/389 – EU-GRCh) und gegebenenfalls, sofern es sich um bereits bestehende Spielhallen handelt, auf das Eigentumsrecht (Art. 17 EU-GRCh) berufen.

Die EU-GRCh bildet seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 einen für die Organe der Union und die Mitgliedstaaten verbindlichen Teil des Unionsrechts und berechtigt natürliche und juristische Personen unmittelbar (Art. 6 Abs. 1 EUV; zur Grundrechtsberechtigung juristischer Personen s. *Ehlers*, § 14, Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte, Rdnrn. 43 f., in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl. 2009). Für die Mitgliedstaaten ist die EU-GRCh bei der Ausführung des Rechts der Union zu beachten (Art. 51 Abs. 1 EU-GRCh), wozu nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs auch Maßnahmen gehören, die sich – wie vorliegend – als Eingriffe in die Grundfreiheiten des Unionsrechts darstellen (EuGH, Rs. C-260/98, *ERT*, Slg. 1991, I-2925, Rdnr. 43; s. auch *Ehlers*, a.a.O., § 14, Rdnr. 52 f.).

Auch die Grundrechte des Unionsrechts werden allerdings nicht schrankenlos gewährleistet. Vielmehr ist ihre Beschränkung aus Gründen des Allgemeinwohls ebenfalls grundsätzlich möglich, soweit sie gesetzlich vorgesehen ist, den Wesensgehalt der Grundrechte achtet und verhältnismäßig ist (geeignet und erforderlich) (Art. 52 Abs. 1 EU-GRCh). Insoweit gelten die obigen Ausführungen entsprechend. Insbesondere im Hinblick auf die Guillotine-Regelung (§ 29 Abs. 4 GlüStV) kommt jedoch eine nicht unwesentliche Verstärkung des Schutzes in Betracht, da durch diese Regelung in bestehende Gewerbebetriebe eingegriffen wird (vgl. insoweit auch die verfassungsrechtlichen Ausführungen von *Reichert*, a.a.O., S. 11 ff. und von *Schneider*, a.a.O.).

Ob und inwieweit der in einem Erlöschen der Erlaubnis bzw. dem Hinzutreten eines zusätzlichen Erlaubniserfordernis liegende Eingriff in den ausgeübten Gewerbebetrieb auch am Maßstab der Unionsgrundrechte – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Ge-

richtshofs für Menschenrechte zur Europäischen Konvention der Menschenrechte und Grundfreiheiten (BGBl. 2002 II S. 1055 – EMRK), die gemäß Art. 52 Abs. 3 EU-GRCh mit zu berücksichtigen sein kann – gerechtfertigt werden kann, bedarf vorliegend keiner näheren Untersuchung. Es ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass die Unionsgrundrechte in EMRK-konformer Auslegung Grundrechtsschutz über die Gewährleistungen des Grundgesetzes hinaus bewirken.

VIII. Geltendmachung von Unionsrechtsverstößen

1. Geltendmachung im Rahmen von Gerichtsverfahren

a) Nationale Rechtsschutzmöglichkeiten

EU-ausländische Spielhallenbetreiber (zu den hierzu zu rechnenden wirtschaftlichen Tätigkeiten s.o. S. 57) können sich auf die Grundfreiheiten des AEUV sowie, bei der Durchführung des Unionsrechts (Art. 51 Abs. 1 EU-GRCh), auf EU-Grundrechte gegenüber deutschen Behörden und Gerichten unmittelbar berufen (st. Rspr, s. nur EuGH, Rs. 26/62, *Van Gend en Loos*, Slg. 1963, S. 1; zu unmittelbarer Wirkung und Anwendungsvorrang der Grundfreiheiten s.a. oben, S. 54 f.). Eine Geltendmachung von Verstößen gegen das Unionsrecht kann insbesondere in verwaltungsgerichtlichen Verfahren, die sich aus dem Vollzug der im GlüStV vorgesehenen Regelungen und gegebenenfalls weiterer landesrechtlicher Ausführungsbestimmungen ergeben können, erfolgen. Hierbei kommen zunächst Anfechtungsklagen nach § 42 Abs. 1, 1. Alt VwGO gegen von den Glücksspielbehörden zu erlassende belastende Verwaltungsakte, beispielsweise gegen Verfügungen, den Betrieb einer Spielhalle ohne glücksspielrechtliche Erlaubnis einzustellen, wie auch Verpflichtungsklagen nach § 42 Abs. 1, 2. Alt. VwGO, auf Erlass bestimmter Verwaltungsakte durch die Glücksspielbehörden, wie beispielsweise auf Erteilung einer Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle, in Betracht. Flankiert werden diese Klagemöglichkeiten durch Rechtsbehelfe im vorläufigen Rechtsschutz, die, soweit erforderlich, neben den Hauptsacheverfahren eingeleitet werden können, namentlich ein Antrag auf Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO bzw. ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO. Welcher dieser Rechtsbehelfe im jeweiligen Fall zu ergreifen ist, richtet sich nach dem Hauptsacheverfahren.

Im Hinblick auf die enormen wirtschaftlichen Belastungen, die für Spielhallenbetreiber mit den neuen Regelungen des GlüStV über Spielhallen einhergehen, sind als weitere Klagemöglichkeiten zudem vorbeugende Unterlassungsklagen (als Unterfall der allgemeinen Leistungskla-

ge, § 43 Abs. 2 S. 1 VwGO) gerichtet auf das Unterlassen drohenden (rechtswidrigen) Verwaltungshandelns bzw. drohender (rechtswidriger) Verwaltungsakte oder – abhängig von der jeweiligen Fallkonstellation – vorbeugende Feststellungsklagen, gerichtet beispielsweise auf die Feststellung der fehlenden Berechtigung zum Erlass eines Verwaltungsaktes, der noch vom Eintritt eines zukünftigen Sachverhalts abhängt, denkbar (s. zum vorbeugenden Rechtsschutz auch *Schenke*, in: *Kopp/Schenke*, VwGO, Kommentar, 17. Aufl. 2011, Vorb. § 40 Rdnrn. 33 ff.). Zwar setzen diese Klagen ein besonderes qualifiziertes Rechtsschutzinteresse voraus, angesichts der gravierenden Auswirkungen der Regelungen des GlüStV, insbesondere der sog. Guillotine-Regelung des § 29 Abs. 4 GlüStV, wonach mit Ablauf von fünf Jahren ab Inkrafttreten des GlüStV, Erlaubnisse zum Betrieb von Spielhallen nur bei Einhaltung der Vorgaben der §§ 24, 25 GlüStV zu erlangen sind, wodurch die Spielhallenbetreiber faktisch schon ab Inkrafttreten des 1. GlüÄndStV zu wirtschaftlichen Dispositionen von erheblichem Ausmaß, die nicht wieder rückgängig zu machen sind, gezwungen werden, erscheint die Anerkennung dieses Rechtsschutzinteresses durch die Gerichte wegen eines drohenden irreparablen Schadens nicht unwahrscheinlich.

Im Rahmen jeglicher verwaltungsgerichtlicher Verfahren besteht für die Gerichte die Möglichkeit, das Verfahren auszusetzen und den Europäischen Gerichtshof anzurufen, um eine Vorabentscheidung zu den entscheidungserheblichen europarechtlichen Fragen zu erbitten (Art. 267 AEUV). Für letztinstanzliche Gerichte besteht diesbezüglich sogar eine Vorlagepflicht (Art. 267 Abs. 3 AEUV).

Gegen letztinstanzliche Urteile der Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG wegen Verletzung deutscher Grundrechte bzw. gegebenenfalls auch wegen Verletzung der Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV als Verstoß gegen das Verbot des Entzugs des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.

Schlussendlich kommen auch Schadensersatzansprüche geschädigter EU-ausländischer Spielhallenbetreiber nach den Regeln über den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland bzw. die Bundesländer in Betracht. Derartige Ansprüche können durch Klagen vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden.

b) Rechtsschutzmöglichkeiten auf europäischer und internationaler Ebene

Direkte Rechtsschutzmöglichkeiten beim Gerichtshof der Europäischen Union (bestehend aus dem Gerichtshof und dem Gericht, vgl. Art. 19 Abs. 1 EUV) gegen die Regelungen des GlüStV für Spielhallenbetreiber gibt es zwar nicht, es besteht jedoch die Möglichkeit, eine förmliche Beschwerde bei der Europäischen Kommission einzureichen, die – wie in der ausführlichen Stellungnahme der Kommission vom 18. Juli 2011 auch bereits in Aussicht gestellt (vgl. ausführliche Stellungnahme nach Art. 9 Abs. 2 und Bemerkungen nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 98/34/EG, C (2011) 5319, S. 6) – gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV wegen Verstoßes gegen das Unionsrecht einleiten könnte. Ein Vertragsverletzungsverfahren könnte letzten Endes zu Strafzahlungen der Bundesrepublik gemäß Art. 260 AEUV führen. Die Strafen wären gemäß Art. 104a Abs. 6 S. 1 GG den Ländern anzulasten. Die Europäische Kommission selbst stellt für derartige Beschwerden Hinweise zu Vorgehensweise, zum weiteren Verfahren und ein in allen Amtssprachen erhältliches Beschwerdeformular zur Verfügung (vgl. nur http://ec.europa.eu/eu_law/your_rights/your_rights_de.htm). Die Erhebung einer Beschwerde setzt dabei nicht voraus, dass der Beschwerdeführer selbst betroffen ist.

Sofern der Rechtsweg in Deutschland ausgeschöpft ist (nach einer abschließenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts) kommt eine Individualbeschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Betracht (Art. 34 EMRK). Durch diese könnte eine Verletzung der in der EMRK garantierten, dem GG und der Europäischen Grundrechtecharta weitgehend entsprechenden Grundrechte gerügt werden. Eine Verurteilung der Bundesrepublik in einem solchen Verfahren würde zu einer Schadensersatzpflicht gegenüber dem jeweiligen Beschwerdeführer führen (Art. 41 EMRK).

Sofern Betreiber von Spielhallen die Staatsangehörigkeit (natürliche Personen) oder Staatszugehörigkeit (juristische Personen) von Staaten innerhalb oder außerhalb der EU haben, die mit der Bundesrepublik Deutschland einen Investitionsförderungs- und -schutzvertrag (IFV) abgeschlossen haben (derzeit 130 Staaten, vgl. die Liste des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie unter <http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Aussenwirtschaft/investieren-im-ausland,did=194058.html>), besteht überdies die Möglichkeit, gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Verfahren vor einem internationalen Schiedsgericht (im Regelfall beim International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) der Weltbank) wg. Verletzung der in dem jewei-

ligen IFV niedergelegten Schutzstandards (z.B. Enteignungsschutz, fair and equitable treatment etc.) einzuleiten, das ebenfalls zu einer Schadensersatzpflicht der Bundesrepublik führen könnte (ähnlich wie im Fall „Vattenfall/.BRD“ wg. des Kraftwerks Moorburg). Die diesbezüglichen Schadensersatzpflichten wären wiederum gemäß Art. 104a Abs. 6 S. 1 GG den Ländern anzulasten, soweit die Verletzung des jeweiligen IFV in den Zuständigkeitsbereich der Länder fällt.

2. Außergerichtliche Geltendmachung von Unionsrechtsverstößen

Auf nationaler Ebene ist in einigen Bundesländern der Erhebung einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage vor den Verwaltungsgerichten ein Widerspruchsverfahren vorgeschaltet, in welchem die Recht- und Zweckmäßigkeit eines Verwaltungsaktes noch einmal durch die Verwaltung selbst überprüft wird (§§ 68 ff. VwGO). Auch im Rahmen dieses Verfahrens ist bereits eine Berufung auf Unionsrechtsverstöße möglich (vgl. insoweit oben zur unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts, S. 54 f.).

Darüber hinaus kommt auf nationaler Ebene u.U. die Anrufung der Petitionsausschüsse der Landtage und in den Bundesländern, die über einen Bürgerbeauftragten verfügen, auch die Anrufung des Bürgerbeauftragten in Betracht.

Auf europäischer Ebene steht zur außergerichtlichen Geltendmachung von Unionsrechtsverstößen durch Einzelne grundsätzlich die Einrichtung „solvit“ zur Verfügung, welche sich der fehlerhaften Anwendung des Unionsrechts durch Behörden annimmt und versucht, Lösungsvorschläge zu unterbreiten (s. hierzu http://ec.europa.eu/solvit/site/index_de.htm). In Fällen, in denen die fehlerhafte Anwendung, wie vorliegend, auf unionsrechtswidrige Rechtsvorschriften zurückzuführen ist, ist eine Inanspruchnahme von „solvit“ allerdings wenig erfolgversprechend. Zudem kann „solvit“ nur in Anspruch genommen werden, solange die Frage nicht zum Gegenstand eines gerichtlichen Verfahrens (auf nationaler oder europäischer Ebene) gemacht wurde.

IX. Zusammenfassung

1. Für die hier in Frage stehenden Bestimmungen des GlüStV existiert abgesehen von der die Notifizierungspflicht auslösenden Richtlinie 98/34/EG kein einschlägiges Unionssekundärrecht, so dass sich eine europarechtliche Beurteilung ausschließlich aus einer Prüfung der Vorschriften am Primärrecht der Europäischen Union ergeben kann.

2. Die hier in Frage stehenden Regelungen des GlüStV über die Errichtung und den Betrieb von Spielhallen (und Gaststätten) berühren je nach der wirtschaftlichen Situation im Einzelfall sowohl die Niederlassungsfreiheit, Art. 49 ff. AEUV als auch die Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 ff. AEUV. Soweit andere Grundfreiheiten auch mitberührt sind, treten sie hinter Art. 49 ff. und 56 ff. AEUV zurück. Auf Grund der allgemein anerkannten Konvergenz der Grundfreiheiten und der Rechtsprechungspraxis des Gerichtshofes im Glücksspielbereich ergeben sich keine wesentlichen Unterschiede für die europarechtliche Beurteilung je nachdem, ob ein Sachverhalt der Niederlassungs- oder der Dienstleistungsfreiheit zuzuordnen ist.
3. Der Gerichtshof hat im Rahmen seiner Rechtsprechung eine ganze Reihe von mitgliedstaatlichen Regelungen zum Glücksspiel als Beschränkungen der Niederlassungs- und/oder Dienstleistungsfreiheit eingeordnet, da sie den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr verhindert, behindert oder weniger attraktiv gemacht haben.
4. Die Prüfung einer möglichen Rechtfertigung derartiger Beschränkungen gestaltet sich relativ komplex. Als mögliche Rechtfertigungsgründe hat der Gerichtshof anerkannt: die Bekämpfung von Spielsucht und illegalem Glücksspiel, von Betrug und anderen Formen der Kriminalität, den Schutz der Verbraucher vor für sie schädlichen Ausgaben sowie – allerdings nur als Nebenfolge – die Finanzierung gemeinschaftlicher Belange aus Einnahmen von Glücksspielveranstaltungen. Der Gerichtshof fasst dieses Bündel an Zielen, die in ihrer Gesamtheit zu würdigen sind, regelmäßig unter den Erfordernissen des Schutzes der Verbraucher und des Schutzes der Sozialordnung zusammen. Für die weitere Prüfung gelten jedoch strenge Anforderungen. So muss die mitgliedstaatliche Regelung tatsächlich der Verfolgung eines oder mehrerer dieser Ziele dienen und darf nicht auf eine Steigerung der Staatseinnahmen ausgelegt sein. Obwohl den Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Schutzziele und des Schutzniveaus ein weiter Ermessensspielraum zukommt, muss die mitgliedstaatliche Regelung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen, die Gesamtregelung des Glücksspielsektors muss kohärent und systematisch zur Zielerreichung beitragen, und sofern dem Regulierungsmodell ein Erlaubnis- oder Konzessionssystem zu Grunde liegt, muss dieses System auf objektiven, nicht-diskriminierenden und im Vorhinein bekannten Kriterien beruhen (Transparenzgebot).
5. Hinsichtlich der im GlüStV genannten Ziele besteht kein Zweifel an der europarechtlichen Anerkennung als zwingende Gründe des Allgemeininteresses.

6. Während sich die spezifischen neu eingefügten Regelungen für Spielhallen und Gaststätten fast durchweg als Beschränkungen der Dienstleistungs- und/oder Niederlassungsfreiheit erweisen, stellt die Erstreckung der allgemeinen Bestimmungen des GlüStV auf Spielhallen und Gaststätten, also insbesondere § 4 Abs. 3 (Jugendschutz), Abs. 4 (Internetverbot) und §§ 5 – 7 (Werbung; Sozialkonzept; Aufklärung) GlüStV, je nach Vorschrift schon keine Beschränkung dar oder ist klar zu rechtfertigen. Gleiches gilt für die Sperrzeitenregelung für Spielhallen in § 26 Abs. 2 GlüStV. Allerdings bestehen rechtliche Bedenken hinsichtlich der Kohärenz der Ausnahmen vom Internet-Vertriebsverbot des § 4 Abs. 4 GlüStV.
7. Es bestehen jedoch erhebliche europarechtliche Zweifel an der Gesamtkohärenz des neuen GlüStV. Diese gründen sich vor allem darauf, dass gerade das ohnehin bundesrechtlich schon regulierte Angebot von gewerblichen Geld-Gewinnspielgeräten in Spielhallen und Gaststätten erheblich eingeschränkt und sehr strengen zusätzlichen Vorgaben unterworfen wird, während gleichzeitig das Sportwettenmonopol gelockert wird und als weitaus gefährlicher eingestufte Formen des Glücksspielangebots, insbesondere über das Internet, in Teilen jedenfalls neuerdings erlaubt werden.
8. Die Auferlegung einer Erlaubnispflicht für Spielhallen (§ 24 Abs. 1 GlüStV) stellt eine Beschränkung der Dienstleistungs- und/oder Niederlassungsfreiheit dar. Während eine Erlaubnispflicht an sich ausgehend von den Zielen des GlüStV zu rechtfertigen wäre, erweist sich die Regelung auf Grund der zwingenden Erlaubnisversagung nach § 24 Abs. 2 GlüStV als unverhältnismäßig. Die inhaltlich völlig unbestimmte Regelung erfüllt nicht die Voraussetzungen, die auf Grund des Transparenzgebotes an ein Erlaubnissystem gestellt werden. Zudem sind mildere Maßnahmen (z.B. eine bessere Ausbildung des Personals hinsichtlich der Erkennung von problematischem Spielverhalten) zur Erreichung der Ziele des § 1 GlüStV denkbar, als eine zwingende Erlaubnisversagung, die demnach nicht erforderlich ist.
9. Die Möglichkeit der zahlenmäßigen Beschränkung von Erlaubnissen pro Gemeinde durch die Länder (§ 25 Abs. 3 GlüStV) stellt einen schweren Eingriff in die Dienstleistungs- und/oder Niederlassungsfreiheit dar. Für einen derartigen Eingriff ist bereits kein Rechtfertigungsgrund ersichtlich. Zudem erweist sich auch diese Regelung als unverhältnismäßig, weil sie zum einen dem Transparenzgebot nicht genügt und zum anderen nicht erforderlich ist. Sie trägt auf Grund der Möglichkeit einer unterschiedlichen Handhabung von Land zu

Land keineswegs zu einem kohärenten und systematischen Glücksspielrecht bei.

10. Auch die Mindestabstandsregelung (§ 25 Abs. 1 GlüStV) erweist sich als schwerer Eingriff in die Niederlassungs- und/oder Dienstleistungsfreiheit. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes können pauschale Mindestabstände allenfalls zur Sicherstellung der gleichmäßigen Versorgung der Bevölkerung mit Waren oder Dienstleistungen eingeführt werden. Ein solches Ziel läuft dem in § 1 Nr. 1 GlüStV verankerten Ziel der Bekämpfung der Glücksspiel- und Wertsucht zuwider und soll nach den Erläuterungen zum GlüStV auch nicht verfolgt werden. Ob die von den Ländern angeführten Gründe diese Regelung überhaupt zu rechtfertigen vermögen, ist zweifelhaft. Im Hinblick auf diese Gründe erweist sich die Regelung jedenfalls als unverhältnismäßig, da sie auf Grund der unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten durch die Länder weder zu einem kohärenten System beiträgt, noch den Anforderungen des Transparenzgebotes genügt und im Übrigen weder geeignet noch erforderlich ist.
11. Hinsichtlich des Verbots eines baulichen Verbundes von Spielhallen (§ 25 Abs. 2 GlüStV) und des Verbots einer Koppelung von Spielhallenbetrieb und Sportwettenvermittlung (§ 21 Abs. 2 GlüStV) greifen ähnliche Überlegungen. Die Regelungen stellen einen schweren Eingriff dar. Sie sind zur Erreichung der Ziele „Beschränkung der Glücksspielmöglichkeiten“ und „Umformung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels in ein Unterhaltungsspiel“ bereits nicht geeignet. Darüber hinaus sind beide Regelungen nicht hinreichend bestimmt – insbesondere bei § 21 Abs. 2 GlüStV bleibt die Priorisierung unklar – und nicht erforderlich.
12. Die besonderen Werbeverbote in § 26 Abs. 1 GlüStV begegnen zwar Bedenken im Hinblick auf die Kohärenz der Regelung, sind jedoch als nicht diskriminierende Ausübungsmodalitäten grundsätzlich nicht vom Anwendungsbereich der Grundfreiheiten erfasst.
13. Die sog. Guillotine-Regelung (§ 29 Abs. 4 GlüStV) als besonders schwerer Eingriff in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit erweist sich ebenfalls als unverhältnismäßig, da sie den Anforderungen des Transparenzgebotes keineswegs gerecht wird und zu praktisch unlösbaren Verteilungsproblemen zwischen Spielhallenbetreibern führt. Die nunmehr vorgesehene Regelung für Härtefälle (§ 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV) ändert hieran nichts, da auch diese Regelung keine greifbaren Maßstäbe für zusätzliche, ohnehin nur befristete und lediglich im Einzelfall geltende Ausnahmen vorsieht.

14. Schutzverstärkend kommt auch eine Berufung EU-ausländischer Spielhallenbetreiber auf Unionsgrundrechte, insbesondere auf Art. 16 und 17 EU-GRCh, in Betracht, da sich staatliche Maßnahmen im Bereich der Grundfreiheiten als Durchführung des Unionsrechts darstellen und die Mitgliedstaaten insoweit ebenfalls an die Grundrechtecharta gebunden sind (Art. 51 Abs. 1 S. 2 EU-GRCh). Das Ergebnis der Prüfung ändert sich hierdurch nicht.
15. EU-ausländische Spielhallenbetreiber können sich auf die EU-Grundfreiheiten sowie EU-Grundrechte gegenüber deutschen Behörden und Gerichten unmittelbar berufen. Eine Geltendmachung von Verstößen kann insbesondere in verwaltungsgerichtlichen Verfahren, die sich aus dem Vollzug der vorgesehenen Regelungen ergeben (Anfechtungsklagen gegen Verwaltungsakte der zuständigen Behörden, Verpflichtungsklagen auf den Erlass von Verwaltungsakten bzw. vorbeugende Feststellungsklagen oder Unterlassungsklagen) in Betracht kommen. Die Verwaltungsgerichte könnten in diesen Verfahren den Europäischen Gerichtshof anrufen und um eine Vorabentscheidung zu den entscheidungserheblichen europarechtlichen Fragen bitten (Art. 267 Abs. 1, 2 AEUV). Gegen letztinstanzliche Urteile der Verwaltungsgerichtsbarkeit besteht die Möglichkeit der Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung der deutschen Grundrechte sowie ggfs. wegen Verletzung der Vorlagepflicht (Art. 267 Abs. 3 AEUV). Schlussendlich kommen auch Staatshaftungsansprüche geschädigter EU-ausländischer Spielhallenbetreiber nach den Regeln über den unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland bzw. die Bundesländer in Betracht. Derartige Ansprüche können durch Klagen vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden.
16. Daneben kommt eine Beschwerde bei der Europäischen Kommission in Betracht, die gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 AEUV einleiten könnte, das schlussendlich zu Strafzahlungen der Bundesrepublik gemäß Art. 260 AEUV führen könnte. Die Strafen wären gemäß Art. 104a Abs. 6 S. 1 GG den Ländern anzulasten.
17. Sofern der Rechtsweg in Deutschland ausgeschöpft ist (nach einer abschließenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts) kommt eine Individualbeschwerde zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Betracht (Art. 34 EMRK). Durch diese könnte eine Verletzung der in der EMRK garantierten, dem GG und der Europäischen Grundrechtecharta weitgehend entsprechenden Grundrechte gerügt werden. Eine Verurteilung der Bundesrepublik in einem solchen Verfahren würde zu einer Schadensersatz-

pflicht gegenüber dem jeweiligen Beschwerdeführer führen (Art. 41 EMRK).

18. Sofern Betreiber von Spielhallen die Staatsangehörigkeit (natürliche Personen) oder Staatszugehörigkeit (juristische Personen) von Staaten innerhalb oder außerhalb der EU haben, die mit der Bundesrepublik Deutschland einen Investitionsförderungs- und -schutzvertrag (IFV) abgeschlossen haben (derzeit 130 Staaten), besteht überdies die Möglichkeit, gegen die Bundesrepublik Deutschland ein Verfahren vor einem internationalen Schiedsgericht (im Regelfall beim International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) der Weltbank) wg. Verletzung der in dem jeweiligen IFV niedergelegten Schutzstandards (z.B. Enteignungsschutz, fair and equitable treatment etc.) einzuleiten, das ebenfalls zu einer Schadensersatzpflicht der Bundesrepublik führen könnte (ähnlich wie im Fall „Vattenfall./BRD“ wg. des Kraftwerks Moorburg). Die diesbezüglichen Schadensersatzpflichten wären ebenfalls gemäß Art. 104a Abs. 6 S. 1 GG den Ländern anzulasten, soweit die Verletzung des jeweiligen IFV in den Zuständigkeitsbereich der Länder fällt.
19. Eine außergerichtliche Geltendmachung von Unionsrechtsverstößen kommt zum einen in bestimmten Verwaltungsgerichtsverfahren vorausgehenden Widerspruchsverfahren gegenüber nationalen Behörden in Betracht. Zudem können u.U. die Petitionsausschüsse der Landtage angerufen werden. Auf europäischer Ebene bietet „solvit“ die Möglichkeit einer schnellen und außergerichtlichen Problemlösung bei Fehlern der nationalen Behörden bei der Anwendung des Unionsrechts.