

## **Europarechtliche Bewertung der Spielhallen-bezogenen Regelungen des 1. GlüÄndStV Zusammenfassende Thesen (Stand 18.11.2011)**

1. Durch den 1. Glücksspieländerungsstaatsvertrag (1. GlüÄndStV; Stand: 28. Oktober 2011) wird das Spielhallenrecht in den Geltungsbereich des Staatsvertrages einbezogen. Durch die Neuregelung werden die Errichtung und der Betrieb von Spielhallen zahlreichen, nach geltendem Recht bislang nicht vorgesehenen Beschränkungen unterworfen (zusätzliche Erlaubnispflicht, Mindestabstände, Höchstzahlen, Sperrzeiten, Werbebeschränkungen etc.).
2. Diese Regelungen des 1. GlüÄndStV 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) des europäischen Unionsrechts.
3. Der Europäische 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 (z.B. Konzessionserfordernisse, zahlenmäßige Beschränkungen der Konzessionen, Mindestabstände zwischen Anbietern, Internetvertriebsverbote, staatliche Monopole).
4. Als mögliche Rechtfertigungsgründe für solche Beschränkungen hat der Europäische Gerichtshof anerkannt: die Bekämpfung von pathologischem Spielverhalten 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 Glücksspielveranstaltern. 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. Auch darf der Mitgliedstaat selbst in der Anwendungspraxis nicht den legitimen Zielen zuwider handeln (z.B. durch eine übermäßige Werbepaxis eines staatlichen Monopolanbieters).
5. 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).
6. Die Erstreckung der allgemeinen Bestimmungen des 1. GlüÄndStV auf Spielhallen und Gaststätten, also insbesondere § 4 Abs. 3 (Jugendschutz), § 4 Abs. 4 (Internetverbot) und §§ 5-7 1. GlüÄndStV (Werbung; Sozialkonzept; Aufklärung), stellen je nach Vorschrift keine Beschränkung der europäischen Grundfreiheiten dar bzw. sind durch die Ziele des

1. GlüÄndStV zu rechtfertigen. Allerdings bestehen rechtliche Bedenken hinsichtlich der Kohärenz der Ausnahmen vom Internetverbot des § 4 Abs. 4 1. GlüÄndStV.
7. Es bestehen erhebliche europarechtliche Zweifel an der Gesamtkohärenz des 1. GlüÄndStV. Diese gründen sich vor allem darauf, dass gerade das Angebot von Geld-Gewinnspielgeräten in Spielhallen und Gaststätten erheblich eingeschränkt und sehr strengen Vorgaben unterworfen wird, während gleichzeitig das Sportwettenmonopol gelockert wird und als weitaus gefährlicher eingestufte Formen des Glücksspielangebots, insbesondere über das Internet, in Teilen jedenfalls ausnahmsweise neuerdings erlaubt werden.
  8. Die Auferlegung einer Erlaubnispflicht für Spielhallen (§ 24 Abs. 1 1. GlüÄndStV) stellt eine Beschränkung der Dienstleistungs- und/oder Niederlassungsfreiheit dar. Während eine Erlaubnispflicht an sich ausgehend von den Zielen des 1. GlüÄndStV zu rechtfertigen wäre, erweist sich die Regelung auf Grund der zwingenden Erlaubnisversagung nach § 24 Abs. 2 1. GlüÄndStV als unverhältnismäßig. Die inhaltlich völlig unbestimmte Regelung erfüllt nicht die Voraussetzungen, die auf Grund des Transparenzgebotes (s. o. Nr. 5) an ein Erlaubnissystem gestellt werden. Zudem sind mildere Maßnahmen zur Erreichung der Ziele des § 1 1. GlüÄndStV denkbar als eine zwingende Erlaubnisversagung, die demnach nicht erforderlich ist (z.B. bessere Ausbildung des Personals hinsichtlich der Erkennung von problematischem Spielverhalten etc.).
  9. Die Möglichkeit der zahlenmäßigen Beschränkung von Genehmigungen pro Gemeinde durch die Länder (§ 25 Abs. 3 1. GlüÄndStV) stellt einen schweren Eingriff in die Dienstleistungs- und/oder Niederlassungsfreiheit dar, der nicht der Erreichung der Ziele des 1. GlüÄndStV dient. 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 1. GlüÄndStV) 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. Das Ziel der „Sicherung der Versorgung“ über eine leichte Erreichbarkeit läuft aber dem Ziel der Bekämpfung des pathologischen Spielverhaltens zuwider. Überdies erweist sich die Regelung 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 nicht erforderlich ist.
  11. Hinsichtlich des Verbots eines baulichen Verbundes von Spielhallen (§ 25 Abs. 2 1. GlüÄndStV) und des Verbots einer Koppelung von Spielhallenbetrieb und Sportwettenvermittlung (§ 21 Abs. 2 1. GlüÄndStV) greifen ähnliche Überlegungen. Die Regelungen stellen einen schweren Eingriff dar. Sie sind zur Erreichung des Ziels „Beschränkung der Glücksspielmöglichkeiten“ bereits nicht geeignet. Darüber hinaus sind beide Regelungen nicht hinreichend bestimmt – insbesondere bei § 21 Abs. 2 1. GlüÄndStV bleibt die Priorisierung unklar – und nicht erforderlich.
  12. Die besonderen Werbeverbote in § 26 Abs. 1 1. GlüÄndStV 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 1. GlüÄndStV) mit kurzen Übergangsfristen als besonders schwerer Eingriff in die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit erweist sich ebenfalls als unverhältnismäßig, da sie den Anforderungen des Transparenzgebotes keineswegs gerecht wird. Die nunmehr vorgesehene Regelung für Härtefälle (§ 29 Abs. 4

S. 4 1. GlüÄndStV) ändert hieran nichts, da auch diese Regelung keine greifbaren Maßstäbe für zusätzliche, ohnehin nur befristete und lediglich im Einzelfall geltenden Ausnahmen vorsieht.

14. Schutzverstärkend kommt auch eine Berufung EU-ausländischer Spielhallenbetreiber auf Unionsgrundrechte, insbesondere auf Art. 16 und 17 Europäische Grundrechtecharta, 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 Europäische Grundrechtecharta). 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 bzw. vorbeugende Feststellungsklagen) 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 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 Schadensersatzpflicht 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, dass 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.