

Sonderdogmatiken für Spielhallen?

Zur jüngsten Rechtsprechung des Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgerichts

▸ Von Prof. Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia)¹

In seinem vielbeachteten Beschluss vom 7. März 2017 – 1 BvR 1314/12 –, NVwZ 2017, 1.111 ff., hielt das Bundesverfassungsgericht das Vertrauen der Spielhallenbetreiber für weniger schutzwürdig als entsprechendes Vertrauen anderer Gewerbetreibender. Wörtlich heißt es: „Die Besonderheiten des Glücksspiel- und dabei insbesondere auch des Spielhallensektors haben überdies zur Folge, dass der Grundsatz des Vertrauensschutzes einen Schutz getätigter Investitionen nicht in gleichem Maße verlangt wie in anderen Wirtschaftsbereichen. Bei Spielhallen handelt es sich um Gewerbebetriebe, die von vornherein einen besonderen sozialen Bezug aufweisen, da auch bei Beachtung aller gesetzlichen Vorschriften die Möglichkeit besteht, dass spielsüchtige und spielsuchtgefährdete Spieler Spielhallen aufsuchen. [...]“²

Die Herabsetzung des Schutzniveaus begründete das Gericht außerdem mit dem Befund, dass Spielhallenbetreiber mehrere Spielhallen so nebeneinander errichtet hätten, dass die vorgesehene Obergrenze der Gerätezahl pro Spielhalle keine Wirkung habe entfalten können: „Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in den unbegrenzten weiteren Betrieb von Mehrfachspielhallen war auch ohne entsprechende konkrete Reformvorhaben zumindest stark eingeschränkt, denn deren Betrieb unterliefe die vom Bundesgesetzgeber mit der Bestimmung des § 3 Abs. 2 SpielV beabsichtigte Begrenzung der maximalen Anzahl der Geldspielgeräte je Standort [...] und stelle damit eine (wenn auch legale) Umgehung

der schon zuvor bestehenden Vorschriften zur Gerätehöchstzahl in Spielhallen dar [...]“³.

Diese Argumentation lässt sich als Ausdruck einer Sonderdogmatik für Spielhallen begreifen. Unter Sonderdogmatik verstehe ich die Abweichung von der allgemeinen Dogmatik in einem bestimmten Lebensbereich, den das Gesetz seinem Wortlaut nach unterschiedslos erfasst. Diese Abweichung bedarf der Rechtfertigung. Weil einzige Legitimationsquelle aller Dogmatik, sowohl allgemeiner als auch spezieller, das Gesetz ist, muss die Rechtfertigung gerade durch das Gesetz und dessen Auslegung gelingen. Das setzt voraus, dass es Sachgründe gibt, welche die Abweichung für den Lebensbereich, in dem die Sonderdogmatik gelten soll, tragen. Das ist etwa der Fall, wenn die Rechtsätze der allgemeinen Rechtsdogmatik auf Gründen beruhen, die im Sonderfall nicht gelten.

Vertrauensschutz

Eine Abstufung nach dem Grad der sozialen Erwünschtheit einer Tätigkeit ist nicht unüblich, wie die dogmatischen Kategorien des „(präventiven) Verbots mit Erlaubnisvorbehalt“ und des „(repressiven) Verbots mit Befreiungsvorbehalt“ zeigen.⁴ Spielhallenbetreiber vertrauten auf Erlaubnisse gem. § 33i GewO, die einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt unterliegen.⁵ Mit der Erlaubniserteilung ist gewerberechtlicher Vertrauensschutz gem. § 1 Abs. 2 GewO verbunden.⁶ Für die Herabsetzung des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes las-

sen sich keine Sachgründe finden, welche eine Sonderdogmatik tragen. Zum einen ist die behauptete Besonderheit des Spielhallenbetriebs, dass „auch bei Beachtung aller gesetzlichen Vorschriften die Möglichkeit besteht, dass spielsüchtige und spielsuchtgefährdete Spieler Spielhallen aufsuchen“, keine dieses Sektors, sondern gilt auch in zahlreichen anderen Wirtschaftszweigen: Spielsüchtige und -suchtgefährdete Spieler haben bei Beachtung aller gesetzlichen Vorschriften genauso die Möglichkeit, Lottoannahmestellen und, solange keine Sperre vermerkt ist⁷, Spielbanken aufzusuchen oder die weitgehend unkontrollierten, jederzeit und allerorten verfügbaren Spielmöglichkeiten im Internet zu nutzen. Die behauptete Besonderheit ist nicht einmal eine des Glücks- und Gewinnspiels. Auch alkoholabhängige und alkoholsuchtgefährdete Menschen können bei Beachtung aller gesetzlichen Vorschriften Alkohol in Gaststätten oder anderen Verkaufsstellen erwerben.⁸ Weil der „besondere soziale Bezug“ des Spielhallenbetriebs, den das Bundesverfassungsgericht annimmt, also kein besonderer ist, sondern auch für zahlreiche andere Gewerbe gilt, lässt sich eine sektorspezifische Herabsetzung des Schutzniveaus nicht mit Besonderheiten des Spielhallenbetriebs begründen. Im Gegenteil: Dass selbst bei Annahme eines „besonders ausgeprägten sozialen Bezugs“ Vertrauensschutz möglich ist, hat das Bundesverfassungsgericht in einem anderen Zusammenhang ausdrücklich angenommen, nämlich in seinem Urteil zum Atomausstieg.⁹ Nun

¹ Der Beitrag ist die Zusammenfassung eines Vortrags, den der Verfasser am 20.10.2017 auf dem Zweiten Bochumer Gespräch zum Glücksspielrecht gehalten hat und dessen ausführliche Fassung in dem vom Veranstalter, Professor Dr. Julian Krüper, herausgegebenen Tagungsband im nächsten Jahr bei Mohr Siebeck erscheinen wird. Der Vortrag gründet auf einem Gutachten, das der Verfasser der VDAI Verlags- und Messegesellschaft mbH erstattet hat. Dank für vorbereitende Recherchen gebührt Dipl.-Jur. Alverich Ommen, Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Osnabrück.

² BVerfG, NVwZ 2017, 1.111 (Rn. 190).

³ BVerfG, NVwZ 2017, 1.111 (Rn. 191).

⁴ Siehe nur Gas, *Gemeinwohl und Individualfreiheit im nationalen Recht und Völkerrecht*, 2012, S. 35; Maurer/Waldhoff, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 19. Aufl. 2017, § 9 Rn. 52, 56; weitere Diff. bei Masing, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 7 Rn. 166.

⁵ Zum Anspruch auf Erlaubniserteilung siehe Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, *GewO*, 8. Aufl. 2011, § 33i Rn. 35; Marcks, in: Landmann/Rohmer, *GewO*, 75. EL März 2017, § 33i GewO Rn. 31; zur neuen Rechtslage a.A. Rietdorf, in: Schulte/Kloos, *Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2016, § 18 Rn. 39.

⁶ Schneider, *GewArch* 2011, 457, 459.

⁷ Zu Einlasskontrollen und Sperrsystem in Spielbanken und Spielhallen siehe Hartmann, *LKRZ* 2013, 489 ff. m.w.N.

⁸ Vgl. Bickenbach, *ZfWG* 2017, Sonderbeilage 2, 11 (14); Pieroth, in: Hartmann/Pieroth, *Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht*, 2013, S. 28 f.; Schneider, *NVwZ* 2017, 805 (806).

⁹ BVerfG, *NJW* 2017, 217 (Rn. 219, 334).

sind Kernkraftwerke und Spielhallen sehr verschieden. Vergleichen lassen sich die beiden aber immerhin insofern, als dass es in beiden Fällen der Gesetzgeber war, der die Amortisation getätigter Investitionen beeinträchtigt hat. Wenn das Bundesverfassungsgericht insofern das Vertrauen der Betreiber von Atomkraftwerken, ihre Investitionen amortisieren zu können, jedenfalls teilweise schützt (nämlich mit Blick auf die frustrierten Investitionen aufgrund der Reststrommengen von 2002),¹⁰ dann muss das für Spielhallenbetreiber, deren Tätigkeit einen geringer ausgeprägten sozialen Bezug und ein deutlich geringeres, im Grunde nicht vergleichbares Gefährdungspotenzial aufweist, am selben Maßstab gemessen mindestens genauso gelten.¹¹

Zum anderen lässt sich die Herabsetzung nicht mit einer legalen „Umgehung“ der Vorschrift zur Gerätehöchstzahl begründen. Es gibt keinen Rechtssatz allgemeiner Dogmatik, dass demjenigen Nachteile drohen, der dem Gesetz gemäß handelt. Weil der Gesetzgeber die Gerätehöchstzahl pro Spielhalle bemessen hat, gelten für mehrere Spielhallen entsprechend höhere Höchstzahlen auch dann, wenn sich die Spielhallen in einem Gebäudekomplex befinden.¹² Das Bundesverwaltungsgericht hatte das bereits mit Urteil vom 9. Oktober 1984 – 1 C 11/83 –, NVwZ 1985, 268 ff., entschieden. In diesem Verfahren wollte ein und derselbe Betreiber in ein und demselben Gebäude mehrere Spielhallen so im Verbund betreiben, dass die Spielhallen über dasselbe Foyer zu erreichen waren („Unterhaltungscenter“). Das Bundesverwaltungsgericht befand, dass diese „Schaffung benachbarter Spielhallen“ nicht „als unzulässige Umgehung“ des § 3 Abs. 2 S. 1 SpielV (zulässige Höchstzahl aufstellbarer Spielgeräte pro Spielhalle) angesehen werden könne.¹³

Die Absicht des Gesetzgebers, die das Bundesverfassungsgericht in seinem aktuellen Beschluss gegen die Spielhallen wendet, war also gerade kein geltendes Recht geworden, daher spricht das Gericht selbst von der Legalität der „Umgehung“. Doch eine Obliegenheit, gesetzlich zulässige Möglichkeiten zu unterlassen, um Nachteile zu vermeiden, gilt nicht allgemein-dogmatisch, sondern nur sonderdogmatisch und auch nur dann, wenn ein Gesetz diese Obliegenheit eigens anordnet. Eine solche Anordnung findet sich im Steuerrecht im Zusammenhang mit dem „Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten“ gem. § 42 AO. Dagegen gibt es eine solche Anordnung weder im Wirtschaftsrecht noch im Verfassungsrecht. Es muss also insoweit auch im Spielhallensektor bei der allgemeinen Dogmatik bleiben. Auf den legalen Betrieb von Mehrfachspielhallen lässt sich eine Einschränkung des Vertrauensschutzes nicht stützen.

Gesetzesvorbehalt

Der Gesetzesvorbehalt verlangt nach allgemeiner Dogmatik, dass der Parlamentsgesetzgeber wesentliche Fragen selbst regelt. Eine Frage ist umso wesentlicher, je intensiver der Eingriff in ein Grundrecht ausfällt¹⁴, je mehr Adressaten betroffen sind, je langfristiger eine Regelung gilt und je bedeutender ihre finanziellen Auswirkungen sind.¹⁵ In diesen Fällen muss der Gesetzgeber selbst die Voraussetzungen einer Zugangsbeschränkung und die anzuwendenden Auswahlkriterien festlegen und ein rechtsstaatliches Verfahren bereitstellen, in dem die Behörden über den Zugang entscheiden.¹⁶

Der Spielhallenbeschluss betrifft Regelungen, die in das Grundrecht der Berufsfreiheit wegen der „kartographischen Kontingenzierung“, zu der die Mindestabstands-

gebote führen, mit der höchsten Intensität einer objektiven Berufswahlbeschränkung eingreifen. Darin ist dem Bundesverfassungsgericht zuzustimmen.¹⁷ Abstandsgebot und Verbundverbot erfassen sämtliche gegenwärtigen und künftigen Spielhallenbetreiber im Landesgebiet und damit eine große Zahl von Adressaten. Sie sind für die betroffenen Bestandsspielhallenbetreiber mit einschneidenden finanziellen Folgen verbunden (Betriebsaufgabe). Nach den Vorgaben der allgemeinen Dogmatik hätten die Gesetzgeber daher selbst die Auswahlkriterien und das Auswahlverfahren zwischen konkurrierenden Bewerbern vorgeben müssen.¹⁸

Das Gericht verweist demgegenüber auf die Härtefall- und Übergangsregelungen, die vorgesehen sind.¹⁹ Doch Härtefallregeln verkleinern den Spielraum der Verwaltung nicht, sondern vergrößern ihn, und Übergangsregelungen verschieben das notwendige Auswahlverfahren und die Betriebs-schließungen nur.²⁰ Weil nach geltendem Recht jede Spielhallenerlaubnis zu befristen ist, wird immer dann, wenn ein hinzutretender Konkurrent die Erlaubnis des neuen Betriebs just für jenen Zeitpunkt beantragt, in dem die Erlaubnis einer Bestandsspielhalle ausläuft, eine Auswahlentscheidung zwischen ihm und dem Bestandsbetreiber zu treffen sein. Betroffen ist damit sehr wohl eine unbestimmte Vielzahl künftiger Fälle.

Widersprüche

Widersprüchlich erscheint zum einen das Argument, die Amortisation eines Geldspielgeräts sei nicht nur durch dessen Betrieb, sondern auch durch dessen Verkauf auf dem Gebrauchtgerätemarkt zu er-

Fortsetzung auf Seite 10 >>>

¹⁰ BVerfG, NJW 2017, 217 (Rn. 334, 375 ff.).

¹¹ Ähnlich bereits Hufen, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 57.

¹² Vgl. auch Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 33i Rn. 10; Hahn, in: Friauf, GewO, 302. EL Juni 2017, § 33i Rn. 7; Reeckmann, in: Pielow, BeckOK GewR, 38. Edition Mai 2017, § 33i GewO, Rn. 6.

¹³ BVerwG, NVwZ 1985, 268 (268); BVerwG, NVwZ 1985, 269 (270 f.).

¹⁴ Siehe nur BVerfGE 33, 125 (160); 56, 1 (12 f.); 62, 203 (210); 134, 141 (184).

¹⁵ Vgl. Grzeszick, in: Maunz/Dürig, GG, 79. EL Dezember 2016, Art. 20 Rn. 106; Reimer, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2. Aufl. 2012, § 9 Rn. 48.

¹⁶ BVerfGE 33, 303 (303, Ls. 4; 338; 347); BVerfG, NVwZ 2017, 1.111 (Rn. 182); namentlich zu Spielbanken BVerfGE 102, 197 (223).

¹⁷ BVerfG, NVwZ 2017, 1.111 (Rn. 132, 157, vgl. auch Rn. 121); a.A. BVerwG, NVwZ 2017, 791 (Rn. 36 f.); Beaucamp, DVBl. 2015, 1473 (1477); Deiseroth/Eggert, GewArch 2017, 89 (95); Ruttig, ZfWG 2017, 221 (223).

¹⁸ Im Ergebnis ebenso Schneider, NVwZ 2017, 1073 (1080); Weidmann, NVwZ 2017, 1.554 (1.555).

¹⁹ BVerfG, NVwZ 2017, 1.111 (Rn. 183 ff.); zustimmend Ruttig, ZfWG 2017, 221 (224).

²⁰ Generell krit. Hufen, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 52; zu den praktischen Konsequenzen s. Krüper, GewArch 2017, 257 (262 f.); Sauer, ZfWG 2017, Sonderbeilage 2, 18 (21 f.); vgl. auferdem OVG Lüneburg, NVwZ 2017, 1552 (Rn. 22); VG Osnabrück, Urt. v. 17.05.2017 – 1 A 294/16G, Rn. 36.

reichen.²¹ Denn seit dem Jahr 2010 sind an die Stelle des Gerätekaufs, nach Informationen des Branchenverbands, Miete und Leasing getreten, zu einem Marktanteil von inzwischen rund 90 Prozent. Ein Spielhallenbetreiber, der ein Geldspielgerät mietet oder least, erwirbt aber kein Eigentum an dem Gerät. Eine Nachfrage nach Gebrauchtgeräten liegt außerdem auch deshalb fern, weil es gerade aufgrund der Neuregelung insgesamt deutlich weniger Spielhallen als zuvor geben wird.²²

Zum anderen muss es, soweit man sich die Folgen der gesetzlichen Regelungen vergegenwärtigt, für die Entfernungsmessung entgegen dem Bundesverfassungsgericht²³ auf die Wegstrecke als milderer und gleich geeignetes Mittel zur Erreichung der „Abkühlung“ des Spielers ankommen.²⁴ Wer demgegenüber auf die Luftlinie abstellt, setzt sich in Widerspruch zu dem erklärten Zweck des Abstandsgebots, das dem Spieler eine neue, eigenständige Entscheidung über das Betreten der nächsten Spielhalle ermöglichen möchte.

²¹ BVerfG, NVwZ 2017, 1.111 (Rn. 215).

²² Ähnlich Shirvani, ZfWG 2017, 95 (98); vgl. aber auch Beaucamp, DVBl. 2015, 1473 (1479).

²³ BVerfG, NVwZ 2017, 1111 (Rn. 153); ebenso bereits BVerwG, Urt. v. 16.12.2016 – 8 C 4/16 –, Rn. 23.

²⁴ Vgl. Abgeordnetenhaus Berlin, Drs. 16/4027, S. 11 f.

▷ Der Autor



Professor Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia), ist Geschäftsführer der Direktor des Instituts für Kom-

munalrecht und Verwaltungswissenschaften. Er lehrt an der Universität Osnabrück Öffentliches Recht, Wirtschaftsrecht und Verwaltungswissenschaften und ist Mitglied der wissenschaftlichen Leitung der Forschungsstelle Glücksspiel der Universität Hohenheim. Foto: Adamski

Umgang mit Konflikt-Spielhallen in den Kommunen

Praxisaustausch der Ordnungsämter

▷ Von Lora Köstler-Messaoudi

In den kommunalen Ordnungsämtern herrscht aktuell große Unsicherheit über den richtigen Umgang mit Spielhallen und Wettbüros. Diesen Sommer ist die im Glücksspieländerungsstaatsvertrag vorgesehene Übergangsregelung für Spielhallen ausgelaufen. Betreiber von Spielhallen benötigen seitdem neben der gewerberechtlichen Erlaubnis auch eine glücksspielrechtliche Erlaubnis. Voraussetzung zur Erteilung dieser ist unter anderem die Einhaltung von Mindestabständen zu anderen Spielhallen. Zudem dürfen Spielhallen nicht mit anderen Spielhallen in demselben Gebäudekomplex untergebracht sein. Da dies jedoch auf viele bestehende Spielhallen zutrifft, stehen die Kommunen vor der schwierigen Aufgabe, aus mehreren derzeit legal arbeitenden Betrieben diejenigen auszusuchen, die ihr Geschäft schließen müssen.

Auf Einladung des Behörden Spiegel trafen sich Vertreter mehrerer Kommunen

– vornehmlich aus dem Raum NRW – im Oktober in Bonn zu einem Workshop, um sich über Maßnahmen und Entscheidungen hierzu auszutauschen und Lösungen zu finden. Andreas Ramisch, Kommunalbeamter bei der Großen Kreisstadt Forchheim/Oberfranken und studierter Jurist, stand den Workshop-Teilnehmern dabei als versierter Experte auf diesem Gebiet zur Seite.

Mindestabstand

Wichtige Themen in der Diskussion waren der Härtefall, Vertrauensschutz, Kriterien für die Störerauswahl, Bestands-spielhallen und Mehrfachkonzessionen. In vielen Fällen beklagten die Praktiker hier unbestimmte Rechtsbegriffe. So darf der Mindestabstand laut Gesetz minimal unterschritten werden. Hier stellt sich in der Praxis die Frage, wie viel genau eine minimale Abweichung ist. In einigen Städten geht man hier von drei bis fünf Prozent

aus, da die Bezirksregierung diesen Wert auf Nachfrage genannt habe. Das Ausführungsgesetz des Landes NRW lässt für Spielhallen auch Ausnahmen zu, definiert diese aber nicht eindeutig. So heißt es in § 16 Spielhallen, Absatz 3, Satz 3: „Die für die Erlaubnis zuständige Behörde darf unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalls von der Maßgabe zum Mindestabstand nach Satz 1, zweiter Halbsatz, und 2 abweichen.“ In der Praxis wird hier unter anderem die Sichtachse zu Hilfe genommen. Wird der Mindestabstand nicht eingehalten und ist aber die nächste Spielhalle von der anderen aus nicht sichtbar, wird das oft als Pluspunkt für einen Härtefall gewertet. Auch die topografische Trennung ist für viele Entscheider wichtig. So kann aufgrund von Flüssen oder Gebäuden der tatsächliche Fußweg weiter sein als die für den Mindestabstand relevante Luftlinie. Doch auch die korrekte