

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	<i>Prof. Dr. Friedhelm Hufen</i> 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	<i>Dr. Dirk Uwer, LL.M. Mag.rer.publ. und Dr. Susanne Koch</i> 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	<i>Prof. Dr. Dr. h.c. Hans-Peter Schneider</i> 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

2 Verfassungsrechtliche Maßstäbe und Grenzen einer Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels

Prof. Dr. Friedhelm Hufen¹

Der Schutzbereich der Berufsfreiheit umfasst grundsätzlich das Recht, Geld-Gewinnspielgeräte vorbehaltlich gesetzlicher Regelungen zu jeder Zeit, an jedem Ort, in jeder Anzahl gewerblich herzustellen, zu vertreiben, aufzustellen und benutzen zu lassen. Einschränkungen dieses Rechts sind begründungsbedürftige Eingriffe in die Berufsfreiheit.

Maßnahmen, die der gezielten Eindämmung eines Berufes dienen und gerade in ihrer Kumulation zur Existenzgefährdung der Grundrechtsinhaber führen, können nicht isoliert und als gewöhnliche Berufsausübungsregeln oder subjektive Berufszulassungsregeln betrachtet werden. Ihrer Zielsetzung und ihrem Gewicht für die Adressaten nach handelt es sich vielmehr um objektive Berufszulassungsschranken, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) nur zum Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig sind. Das gilt auch für Standortbeschränkungen, Abstandsgebote, Verbote von Mehrfachkonzessionen und Höchstzahlen von Geräten.

Der Kompetenztitel „Spielhallen“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 n.F. GG umfasst nur die räumlichen Aspekte, nicht aber die Regelung der (u.a.) in Spielhallen ausgeübten Berufe, der technischen Voraussetzungen von Geld-Gewinnspielgeräten und des gewerblichen Geld-Gewinnspiels insgesamt. Das materielle Recht des gewerblichen Geld-Gewinnspiels einschließlich der bestehenden Konzessionen ist vielmehr weiterhin in §§ 33c – i GewO und der auf der Basis von § 33f GewO erlassenen Spielverordnung (Spie1V) geregelt und verdrängt entgegenstehendes Landesrecht.

Soweit eine Regelungskompetenz der Länder besteht und die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse sowie die Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit einen Staatsvertrag nahelegen, gefährden widersprüchliche und überlappende Regelungen auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene die verfassungsrechtlich gebotene Kohärenz und Bestimmtheit.

Das Eindämmungskonzept des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrages (1. GlüÄndStV) und die vorliegenden Gesetze und Gesetzentwürfe einiger Bundesländer werfen im Hinblick auf die Verhältnismä-

¹ Prof. Dr. Friedhelm Hufen, Professor für öffentliches Recht an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz.

Bigkeit gravierende verfassungsrechtliche Bedenken auf. Fragwürdig ist bereits, ob es wirklich ein überragend wichtiges Gemeinwohlziel ist, erwachsene Menschen vor möglichen Gefahren des Geld-Gewinnspiels zu bewahren. Im Hinblick auf die Eignung der Maßnahmen ist die Kausalität der bekämpften Formen des gewerblichen Geld-Gewinnspiels für pathologisches Spielverhalten keineswegs erwiesen. Mildere Mittel zur Beeinflussung des Spielerverhaltens, zum Schutz Minderjähriger und zur Steuerung städtebaulich unerwünschter Entwicklungen sind in Gestalt der SpielV, des Jugendschutzrechts, des Bauplanungsrechts (BauGB und BauNVO) und anderer Regelungen längst vorhanden. In den Überlegungen und Regelungen des 1. GlüÄndStV und der Landesgesetze sind sie aber weder hinreichend erwogen noch berücksichtigt worden. In ihrer kumulativen Wirkung sind die vorgeschlagenen Regeln unzumutbar und führen zu gravierenden Nebenfolgen. Sie benachteiligen das gewerbliche Geld-Gewinnspiel gegenüber Spielbanken, Lotterien und Sportwetten und widersprechen dem Gebot der Folgerichtigkeit und Kohärenz. Gerade letzteres lässt die Vermutung zur Gewissheit werden, dass letztlich fiskalische Interessen die Maßnahmen bestimmen.

Übergangsregelungen, die es bereits im Beruf befindlichen Grundrechtsinhabern ermöglichen, den Beruf weiter auszuüben, stellen nur dann einen Ausgleich dieses besonders schweren Eingriffs dar, wenn sie für die erfasste Gruppe unbefristet sind. Enthält ein Gesetz eine Übergangsfrist, nach deren Ablauf die belastende Berufsregelung ganz oder teilweise gilt, dann handelt es sich nicht um eine Begünstigung, sondern lediglich um einen Aufschub eines schwerwiegenden Eingriffs in die Berufswahlfreiheit. Eine Übergangsfrist schiebt den Grundrechtseingriff nur auf, hebt ihn aber nicht auf.

Im Hinblick auf den notwendigen Vertrauensschutz sind die gängigen Formeln von „echter“ und „unechter“ Rückwirkung, Begünstigung und Belastung, schützenswertem Freiheitsgebrauch und weniger schützenswerten Erwartungen und Chancen, Berufsausübungsregelung und Berufswahl wenig hilfreich; sie überdecken vielmehr den schwerwiegenden Eingriff in die bestehende Berufstätigkeit. Notwendig ist die konkrete Zuordnung privater und öffentlicher Belange und Rechte nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz.

Grundsätzlich muss die Berufstätigkeit von bereits aktiven Grundrechtsinhabern auf Dauer gesichert bleiben. Für die Berechnung einer Übergangsfrist können die Amortisierung der eingesetzten Investitionen, die Abschreibung von Gebäuden, Geräten und Einrichtungen sowie die Dauer der Mietverträge und der Beschäftigungsverhältnisse Anhaltspunkte bieten.

Die in der Öffentlichkeit angeführten Gründe für die Eindämmung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels fordern kein sofortiges oder allen-

falls um 5 Jahre aufgeschobenes Inkrafttreten von praktisch berufsbeendenden Maßnahmen. Im Vergleich dazu sind die Folgen der Eingriffe aus der Sicht der Betroffenen wesentlich schwerer wiegend.

Unabhängig von der Anerkennung eines „engerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs“ steht fest, dass das Unternehmen in der Gesamtheit seiner vermögenswerten Rechte durch Art. 14 GG geschützt ist.

Bestandskräftige Erlaubnisse nach §§ 33c-i GewO sind wirksame Verwaltungsakte, die nur unter den Voraussetzungen von § 49 VwVfG gegen Entschädigung widerrufen werden können. Als durch eigene Leistung erworbenes, geldwertes und als solches im Rechtsverkehr anerkanntes Vermögen sind sie nicht nur wirtschaftliche Chance, sondern geschütztes Eigentum i.S. von Art. 14 GG.

Eine gesetzliche Entziehung und Befristung der Erlaubnisse nach §§ 33c ff. GewO stellt aus verfassungsrechtlicher Sicht eine Enteignung dar. Es handelt sich hier nicht nur um eine Nutzungsregelung, sondern um einen Eingriff in die Substanz des Eigentums, dessen eigentliches Ziel die Vermögensverschiebung zugunsten staatlicher Monopole und staatlich geförderter und „abgeschöpfter“ Konzessionäre ist. Eine Entziehung oder substantielle Beschränkung durch Gesetz ist als Legalenteignung nur möglich, wenn das Gesetz selbst verfassungsgemäß, zur Verwirklichung eines wichtigen Gemeinwohlziels geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Außerdem muss das Gesetz nach Art. 14 Abs. 3 GG eine Entschädigungsregelung enthalten.

Ein pauschales Erlöschen eigentumsgeschützter Erlaubnisse nach nur 5 Jahren wäre offensichtlich unverhältnismäßig. Entsprechende Regelungen wären auch schon wegen Verstoßes gegen Art. 14 Abs. 3 GG nichtig, weil notwendige Entschädigungs- sowie hinreichend bestimmte Härtefallregelungen fehlen.

Selbst dann, wenn die ergriffenen Maßnahmen nicht als Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG einzuordnen wären, stellten sie unverhältnismäßige gesetzliche Ausprägungen der Sozialpflicht des Eigentums dar („ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmungen“). Als solche wären sie nur verhältnismäßig, wenn den Betroffenen eine angemessene Entschädigung garantiert wird.

Ein Verbot der Vermittlung von Sportwetten in einem Gebäude oder Gebäudekomplex, in dem sich eine Spielhalle oder eine Spielbank befinden (§ 21 Abs. 2 1. GlüÄndStV), wäre unverhältnismäßig und folglich verfassungswidrig. Schon damit entfällt auch die Verfassungsmäßigkeit einer Entziehung bestehender Erlaubnisse, wenn diese nicht mit § 21 Abs. 2 1. GlüÄndStV übereinstimmen.

Die zusätzliche Erlaubnispflicht für öffentliche Glücksspiele (§ 4 Abs. 1 1. GlüÄndStV) kann bei verfassungskonformer Auslegung nicht für sol-

che Geld-Gewinnspiele gelten, die bereits durch §§ 33c und d GewO sowie die SpielV erfasst sind. Andernfalls wäre sie formell verfassungswidrig. Sie wäre auch inhaltlich inkonsequent und unverhältnismäßig.

Die zusätzliche Erlaubnispflicht für die Errichtung und den Betrieb einer Spielhalle (§ 24 Abs. 1 1. GlüÄndStV) ist gleichfalls verfassungswidrig, weil sie über die Regelungskompetenz nach Art. 70 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG hinausgeht und gegen die Gebote der Bestimmtheit, Kohärenz und Verhältnismäßigkeit verstoßen würde.

Abstandsgebote zwischen Spielhallen und andere Standortbeschränkungen sind kompetenziell dem Bauplanungsrecht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG – „Bodennutzung“) zuzuordnen, das durch den Bund im Baugesetzbuch (BauGB) und in der Baunutzungsverordnung (BauNVO) abschließend geregelt ist. Inhaltlich wäre ein solches Gebot in den diskutierten Größenordnungen von 250 m und mehr ungeeignet zur Erreichung legitimer Gemeinwohlziele und unzumutbar.

Auch das Verbot des Betriebens einer Spielhalle im baulichen Verbund mit einer bestehenden Spielhalle (§ 25 Abs. 2 1. GlüÄndStV) wäre ohne angemessene Ausnahme-, Übergangs- und Entschädigungsregelungen verfassungswidrig.

Gegenüber der Möglichkeit der Länder, die Zahl der Genehmigungen für Spielhallen in einer Gemeinde zu begrenzen (§ 25 Abs. 3 1. GlüÄndStV), bestehen bereits kompetenzrechtliche Bedenken. Die Norm würde überdies gegen das Gebot der Bestimmtheit und Kohärenz, sowie als objektive Zulassungsschranke gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip und damit gegen Art. 12 GG verstoßen.

Auch die vorgesehenen Werbeverbote (§ 5 Abs. 2 1. GlüÄndStV) und die Gestaltungsregeln für Spielhallen (§ 26 Abs. 1 1. GlüÄndStV) sind kompetenzrechtlich bedenklich, inhaltlich zu unbestimmt und unverhältnismäßig.

Die im Entwurf zum 1. GlüÄndStV vorgesehene Unwirksamkeit von Erlaubnissen gemäß § 33i GewO, die nach dem 28.10.2011 erteilt wurden und den Beschränkungen der §§ 24 und 25 1. GlüÄndStV nicht entsprechen (§ 29 Abs. 4 S. 3 1. GlüÄndStV), verstößt sowohl gegen Art. 12 GG als auch gegen Art. 14 GG und wäre verfassungswidrig. Hinzu kommt, dass eine Baugenehmigung den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz bereits konkretisiert und damit ein zusätzlicher verfassungswidriger Eigentumseingriff vorliegt, wenn vor dem Stichtag eine Baugenehmigung für das Vorhaben erteilt wurde, aber noch keine gewerberechtliche Erlaubnis gem. § 33i GewO existiert.

Die vorgesehene Unwirksamkeit von Erlaubnissen gem. § 33i GewO nach 5 Jahren (§ 29 Abs. 4 S. 2 1. GlüÄndStV) verstößt sowohl gegen Art. 12 GG als auch gegen Art. 14 GG und wäre verfassungswidrig. Das

gilt grundsätzlich auch für die in § 29 Abs. 4 Satz 4 und 5 des 1. Glü-ÄndStV enthaltenen „Befreiungsregelungen“. Diese sind bei weitem zu unbestimmt, um insbesondere den „eindämmungswilligen“ Landesgesetzgebern und Landesbehörden zuverlässige Grenzen zu setzen. Liegen wirklich „unbillige Härten“ vor, dann folgt schon daraus ein verfassungsrechtlich begründeter Bestandschutz, der es ausschließt, der hier angesprochenen Landesverwaltung noch einen Ermessensspielraum einzuräumen.

Entsprechendes gilt für die inhaltsgleichen oder ähnlichen Regelungen und Regelungsvorschläge der Bundesländer.

§ 5 Abs. 1 Spielhallengesetz Berlin (SpielhG Bln), der in Anpassung an das Automatenspiel in Spielbanken eine Sperrzeit für Spielhallen von 03:00 bis 11:00 Uhr vorsieht, verstößt gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), weil sie mit Spielbanken und Spielhallen zwei völlig unterschiedliche Gegenstände gleich behandelt. Das gilt umso mehr, als in Spielbanken das klassische „große“ Spiel bis 06:00 geöffnet ist. Für bereits bestehende Spielhallen ist die Regelung vor allem deshalb unzumutbar, weil bei einer sofortigen Geltung der Sperrzeiten bestandskräftige Erlaubnisse in ihrer Substanz um praktisch ein Drittel entwertet werden. Ein Drittel des Personals müsste – mit entsprechenden arbeitsrechtlichen Konsequenzen – entlassen werden.

§ 8 Abs. 3 SpielhG Bln, nach dem auch bei einer für 5 weitere Jahre bestehenden Erlaubnis die Zahl der Geräte innerhalb von 24 Kalendermonaten auf tatsächlich nur ein Geld- oder Warenspielgerät je 12 qm (Einzelaufstellung), die Gesamtzahl von 12 auf 8 Geräte zurückgeführt werden muss (§ 4 Abs. 2 SpielhG Bln), überschreitet die Gesetzgebungskompetenz des Landes und ist auch inhaltlich als unverhältnismäßige Sozialbindung des Eigentums verfassungswidrig. Ist der Betrieb mit der neuen Höchstzahl nicht mehr wirtschaftlich zu führen, dann ist auch das Eigentum am Unternehmen als Ganzes betroffen.

Verwaltungsgebühren müssen dem Äquivalenzprinzip folgen und angemessene Gegenleistung für den Verwaltungsaufwand sein. Die Erhebung einer „Abschreckungsgebühr“ mit dem Ziel der Eindämmung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels ist unzulässig. Eine Ausrichtung der Gebühr für eine Spielhallenerlaubnis an derjenigen für eine Spielbank ist grob unverhältnismäßig und gleichheitswidrig.

Die Vergnügenssteuer muss im Kern der Erzielung kommunaler Einnahmen dienen und darf keine erdrosselnde oder einen Wirtschaftszweig gezielt eindämmende Wirkung haben. Das exakt ist aber der Fall, wenn Kommunen sie erhöhen, um gewerbliches Geld-Gewinnspiel wirtschaftlich unattraktiv zu machen.

B Verfassungsrechtliche Maßstäbe und Grenzen einer Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels – Insbesondere: Vertrauensschutz und Übergangsfristen¹

Prof. Dr. Friedhelm Hufen²

Übersicht

- I. Gegenstand des Rechtsgutachtens, Sachverhalt, Problemstellung
 - 1. Gegenstand
 - 2. Sachverhalt: Rückwirkung und Übergangsfristen in neuen Regelungen und Entwürfen zum Geld-Gewinnspiel
 - 1.1. Bundesrecht
 - 1.2. Entwurf zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag (1. GlüÄndStV – Stand: 07.12.2011)
 - 1.3. Länderebene
 - a) Berlin
 - b) Bremen
 - c) Hessen
 - 3. Problemstellung
 - 4. Thematische Eingrenzung
- II. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen
 - 1. Prüfungsmaßstab Berufsfreiheit (Art. 12 GG)
 - 1.1. Schutzbereich
 - 1.2. Eingriff: Übergangsfrist als Aufschub einer negativen Berufszugangsregelung
 - a) Allgemeines
 - b) Eingriffe in die Rechte von bereits im Beruf befindlichen Grundrechtsinhabern (Rückwirkungsproblem)

1 Teilgutachten erstattet im Auftrag der VDAI Verlags- und Messegesellschaft mbH. Die vollständige Fassung des Rechtsgutachtens ist inzwischen als Monografie im Nomos-Verlag, Baden-Baden, erschienen.

2 Professor für Öffentliches Recht – Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Mainz.

- 1.3. Besondere Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen in die bereits legal wahrgenommene Berufstätigkeit
 - a) „Echte“ und „unechte“ Rückwirkung – tatbestandliche Rückanknüpfung
 - b) Berechtigtes und unberechtigtes Vertrauen in den Fortbestand einer gesetzlichen Regelung – begünstigende und belastende Regelungen
 - c) Unterscheidung von Rechtspositionen und Chancen
 - d) Berufsausübung und Berufswahl
- 1.4. Übergangsregelung als Aufgabe „praktischer Konkordanz“
 - a) Allgemeine Grundsätze
 - b) Konkret: Gemeinwohlbelange und Gemeinwohlinteressen im Hinblick auf das Inkrafttreten von Regelungen gegen das gewerbliche Geld-Gewinnspiel
 - c) Schwere des Eingriffs aus der Sicht der Betroffenen
- 1.5. Teilergebnis
2. Prüfungsmaßstab Eigentum (Art. 14 GG)
 - 2.1. Schutzbereich
 - 2.2. Eingriff
 - 2.3. Rechtfertigung des Eingriffs und notwendige Entschädigungsregelung
 - 2.4. Hilfsweise: Unzumutbare Inhaltsbestimmung
- III. Einzelne Regelungen und Regelungsvorschläge
 1. Bundesrecht
 2. Vertrauensschutz und Übergangsregelungen im 1. GlüÄndStV
 - 2.1. Verfall bestehender, bis zum 28.10.2011 erteilter Erlaubnisse gem. § 33i GewO nach 5 Jahren (§ 29 Abs. 4 S. 2)
 - 2.2. Zeitlich auf ein Jahr begrenzte Fiktion der Vereinbarkeit mit §§ 24, 25 für Spielhallen, für die nach dem 28.10.2011 eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt wurde (§ 29 Abs. 4 S. 3)
 - 2.3. Härtefallregelung als Ermessensnorm (§ 29 Abs. 4 S. 4 und 5)
 3. Länderebene
 - 3.1. Berlin
 - 3.2. Bremen

3.3. Hessen

- a) Entwurf des Innenministeriums
- b) Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

I. Gegenstand des Rechtsgutachtens, Sachverhalt, Problemstellung

1. Gegenstand

Gegenstand des Rechtsgutachtens ist die verfassungsrechtliche Prüfung verschiedener Regelungen, die auf Bundes- und Landesebene zur Beschränkung von Geld-Gewinnspielen insbesondere in Gaststätten und Spielhallen diskutiert werden oder bereits in Kraft getreten sind. Im Mittelpunkt stehen dabei der Entwurf eines Ersten Staatsvertrags zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland (1. GlüÄndStV) sowie verschiedene Gesetze und Gesetzentwürfe auf Landesebene. Das ausführliche Hauptgutachten wurde im Januar 2012 beim Nomos-Verlag unter dem Titel „Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels – Verfassungsrechtliche Maßstäbe und Grenzen“ veröffentlicht.

In dem folgenden Teilgutachten werden vor allem verfassungsrechtliche Anforderungen des Vertrauensschutzes und der notwendigen Übergangsfristen herausgearbeitet und geprüft, ob die in den verschiedenen Regelungen und Regelungsentwürfen enthaltenen Übergangsbestimmungen diesen gerecht werden.

2. Sachverhalt: Rückwirkung und Übergangsfristen in neuen Regelungen und Entwürfen zum Geld-Gewinnspiel

In der deutschen Öffentlichkeit werden derzeit Forderungen nach drastischen Mitteln zur Bekämpfung der „Spielsucht“ vorgetragen.

Schon wegen der sprichwörtlichen Vieldeutigkeit und Unbestimmtheit wird in der seriösen Diskussion des Themas der Begriff der „Spielsucht“ eher gemieden, und es ist nur von „pathologischem Spielverhalten“ die Rede. Dem folgt auch das vorliegende Rechtsgutachten – außer bei der Wiedergabe der öffentlichen Diskussion und fremder Zitate.

Dabei wird ohne nähere Begründung auf ein besonders hohes „Gefährdungspotential“ von gewerblichen Geld-Gewinnspielgeräten und eine kaum zu kontrollierende Gefährdung von Jugendlichen verwiesen. Im Umfeld von Spielhallen werden städteplanerische Probleme und eine hohe Begleitkriminalität angeführt.

Das auf verschiedene Entscheidungsebenen verteilte „Arsenal“ an Maßnahmen ist vielfältig. Vorgeschlagen werden neben Werbe- und Anreizverboten, Aufklärungspflichten und Pflichten zur Entwicklung von Sozialkonzepten vor allem zusätzliche präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt, Höchstzahlen und Abstandsgebote von Spielhallen in einer Gemeinde, Verbote von Mehrfachkonzessionen und eines baulichen Verbunds mit anderen Spiel- und Wettarten sowie Höchstzahlen von Geräten an einem Standort. Dem Spieler- und Jugendschutz sollen Videoüberwachung und Zugangssperren dienen. Bestehende Erlaubnisse sollen mit zum Teil kurzen Übergangsfristen auslaufen und nur bei Einhaltung der neuen Voraussetzungen neu erteilt werden.

Die Regelungen und Regelungsvorschläge gehen in unterschiedlicher Weise auf das Problem des Vertrauensschutzes ein und enthalten Übergangsfristen:

2.1. Bundesrecht

Im Bundesrecht enthielt bereits die Spielverordnung (SpielV) i.d.F. von 1986 in § 3 Abs. 3 eine gestufte Besitzstandsregelung im Hinblick auf die Anzahl der aufzustellenden Geräte. Die Anpassung erfolgte seinerzeit auf einen Zeitraum von bis zu 10 Jahren ab Inkrafttreten. § 20 der SpielV i.d.F. von 2006 erfasste nur den Weiterbetrieb von bereits zugelassenen Geld-Gewinnspielgeräten.

2.2. Entwurf zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag (1. GlüÄndStV – Stand: 07.12.2011)

Unter dem angegebenen Leitziel „Bekämpfung der Spielsucht“, aber auch dem geradezu entlarvenden Titel „Zukunftsperspektiven Lotteriemonopol“ enthält der vorliegende Entwurf des 1. GlüÄndStV (Stand 07.12.2011) eine ganze Reihe von Maßnahmen zur Eindämmung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, die im Hauptgutachten gewürdigt werden und hier nur zusammengefasst dargestellt sind:

- Zusätzliche glücksspielrechtliche Erlaubnispflicht für öffentliche Glücksspiele (§ 24 i.V.m. § 4 Abs. 1),
- zusätzliche Erlaubnispflichten für Errichtung und Betrieb einer Spielhalle (§ 24 Abs. 1),
- Mindestabstand von Spielhallen/Verbot von Mehrfachkonzessionen (§ 25 Abs. 1),
- kein baulicher Verbund mit weiteren Spielhallen (§ 25 Abs. 2).

Als Übergangsregelungen i.S. des Gegenstands des vorliegenden Rechtsgutachtens anzusehen sind:

- 5 Jahre Übergangszeit für bis zum 28.10.2011 erteilte Erlaubnisse nach § 33i GewO (§ 29 Abs. 4 S. 2),
- Ein Jahr Übergangszeit für nach dem 28.10.2011 erteilte Erlaubnisse gemäß § 33i GewO (§ 29 Abs. 4 S. 3),
- Härtefallregelung (Befreiungsklausel) als Ermessensnorm (§ 29 Abs. 4 S. 4, 5).

Herkunft und Anhaltspunkte für diese auch in den meisten Länderentwürfen vorgesehene 1- bzw. 5-Jahresfrist sind nicht erkennbar.

2.3. Länderebene

Nachdem die Gesetzgebungskompetenz betreffend das „Recht der Spielhallen“ im Rahmen der Föderalismusreform I (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG n.F.) auf die Länder übergegangen ist, gibt es auf Länderebene mehrere Gesetze und Gesetzentwürfe, die bezüglich der Regelung von Spielhallen zusätzlich zum 1. GlüÄndStV treten und diesen teilweise überbieten.

a) Berlin

In Berlin ist das Gesetz zur Regelung des Rechts der Spielhallen im Land Berlin (SpielhG Bln) bereits am 02.06.2011 in Kraft getreten (GVBl. vom 01.06.2011, S. 193ff.).

Als einschränkende Maßnahmen sieht es u.a. vor:

- Eigenständiges Erlaubnisverfahren an Stelle des Verfahrens nach § 33i GewO (§ 2 Abs.1 S. 1),
- eine Begrenzung der Anzahl der Spielhallen durch einen Mindestabstand von 500 m mit Ausnahmemöglichkeit im Einzelfall (§ 2 Abs. 1 S. 3),
- ein Verbot von Mehrfachkonzessionen (§ 2 Abs. 1 S. 2),
- eine Verringerung der zulässigen Höchstzahl von gewerblichen Geld-Gewinnspielgeräten auf 8 Geräte und Einzelaufstellung (1 m Abstand) (§ 4 Abs. 2),
- die Verlängerung der Sperrzeit von 1 auf 8 Stunden mit Orientierung an das Automatenenspiel in Spielbanken (03:00 bis 11:00 Uhr) (§ 5 Abs. 1),
- besondere Sachkundenachweise für Erlaubnisinhaber (§ 2 Abs. 3 Nr. 4) und Aufsichtspersonal (§ 6 Abs. 3).

Das Gesetz enthält die anscheinend üblich werdende Bestandsschutzregelung für erteilte Erlaubnisse nach § 33i GewO auf 5 Jahre (§ 8 Abs. 1), jedoch müssen die Reduzierung der Gerätezahl auf 8 innerhalb von 24 Monaten erfolgen und die neuen besonderen Sachkundenachwei-

se innerhalb von 12 Monaten erbracht werden. Alle anderen Regelungen, insbesondere Werbeeinschränkungen, Sperrzeiten usw., gelten sofort.

Die Begründung der Senatsvorlage vom 08.02.2011 (dort Anlage 2, S. 16) hatte dabei noch ausdrücklich darauf verwiesen, dass ein Gewerbe grundsätzlich auf Dauer angelegt sei und für rechtmäßig betriebene Gewerbe weitgehend Bestandsschutz bestehe. Eine Befristung der bestehenden Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle käme in ihrer Wirkung einem Berufsverbot gleich. Eine nachträgliche Befristung sei nicht möglich. Die Reduzierung der Zahl der Automaten auf 8 Geräte wird aber als zumutbar erachtet.

b) Bremen

Auch das Bremische Spielhallengesetz (BremSpielhG) ist bereits am 20.05.2011 in Kraft getreten (GBl. vom 19.05.2011, S. 327). Auf der Basis eines Entwurfs der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen enthält es u.a. folgende Einschränkungen:

- Zusätzliche Anforderungen an Erlaubnisse nach § 33i GewO (§ 1 Abs. 1 u. 2),
- eine Begrenzung der Anzahl der Spielhallen durch Mindestabstand von 250 m Luftlinie (ausnahmslos) (§ 2 Nr. 1),
- ein Verbot von Mehrfachkonzessionen (§ 2 Nr. 2).

Daneben treten Vorschriften zur Personalschulung, zu Sozialkonzepten, obligatorischen Zugangskontrollen, spielhallenbezogenen Sperrsystemen, Beratungs- und Aufklärungspflichten sowie Werbeeinschränkungen.

Das Gesetz enthält in § 8 Abs. 1 eine auf Dauer geltende Befreiung vom Abstandsgebot von 250 m Luftlinie für bestehende oder aufgrund einer Rechtsnachfolge neu beantragte Erlaubnisse (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 2 Nr. 1).

Das Verbot der Mehrfachkonzessionen (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 2 Nr. 2) ist – allerdings nur bis zum 31.12.2016 (also für 5 1/2 Jahre) – aufgeschoben. Ein Sozialkonzept ist bis zum 31.07.2011 vorzulegen (§ 8 Abs. 2 S. 2). Die übrigen Vorschriften (Personalschulungen, Spielersperre und Werbeeinschränkungen) gelten ab dem 01.08.2011 (§ 8 Abs. 2 S. 1).

In der Begründung wird darauf hingewiesen, dass die zusätzlich eingeführten Versagungsgründe nicht für Erlaubnisse gelten können, die vor Inkrafttreten des Gesetzes erteilt worden sind und diese Erlaubnisse auch nicht unter Verweis auf die neuen Versagungsgründe nachträglich aufgehoben werden können. Die übrigen Anpassungsfristen werden aber offenbar für zumutbar gehalten.

c) Hessen

In Hessen existieren unabhängig voneinander ein Entwurf des Hessischen Innenministeriums und ein Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen.

aa) Der Entwurf des Innenministeriums (Fassung 17.05.2011) sieht gesonderte Erlaubnisse zusätzlich zu § 33i GewO und eine grundsätzliche Befristung aller Erlaubnisse auf 15 Jahre vor (§ 2 Abs. 1 und 3). Weitere Einschränkungen sind u.a. das Verbot von Mehrfachkonzessionen (§ 3 Abs. 1), die Begrenzung der Anzahl der Spielhallen durch einen Mindestabstand von 500 m Luftlinie (Ausnahmen im Einzelfall möglich) (§ 3 Abs. 2), eine Begrenzung der Bezeichnung auf „Spielhalle“ (§ 3 Abs. 5), die Verlängerung der Sperrzeit unter Angleichung an die Spielbanken von 03:00 bis 11:00 Uhr (§ 8 Abs. 1), ein spielhallenübergreifendes Sperrsystem (§§ 5 u. 6) sowie eine flächendeckende Videoüberwachung (§ 10).

Der Entwurf enthält in § 15 Abs. 1 einen gesetzlichen Bestandsschutz für rechtmäßig betriebene Gewerbe und erteilte Spielhallenerlaubnisse gemäß § 33i GewO bis zu 5 Jahren nach Inkrafttreten, aber eine vorzeitige Erlaubnispflicht beim Inhaberwechsel. Ferner sieht § 15 Abs. 3 die Unwirksamkeit von nach Inkrafttreten des Gesetzes erteilten, nicht mit den neuen Voraussetzungen des § 3 übereinstimmenden Erlaubnissen nach einem Jahr nach Inkrafttreten vor.

bb) Der Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (Drs. 18/3965 vom 13.04.2011) sieht gesonderte Erlaubnisse zusätzlich zu § 33i GewO vor, die grundsätzlich auf 15 Jahre zu befristen sind (§ 3 Abs. 1 und 4). Eine Besonderheit ist die Begrenzung der Anzahl der Spielhallen auf eine Spielhalle je 20.000 Einwohner der Gemeinde (§ 4 Abs. 1) und der Mindestabstand von 500 m von Einrichtungen, die ihrer Art nach oder tatsächlich vorwiegend von Kindern und Jugendlichen aufgesucht werden (§ 4 Abs. 2). Neben der Ausrichtung der Sperrzeit an derjenigen für Spielbanken (§ 8 Abs. 1) ist auch eine flächendeckende Videoüberwachung der Eingänge, Kassenräume und Spielräume vorgesehen (§ 10). Auf je 12 qm Grundfläche soll höchstens ein Geldspielgerät stehen können, die maximale Zahl der Geräte wird auf 25 begrenzt (§ 6 Abs. 2). Der Abschreckung soll offenbar auch eine Erlaubnisgebühr in Höhe von € 25.000,- pro Erlaubnis dienen (§ 5).

Temporärer Bestandsschutz besteht nach § 14 Abs. 1 für Inhaber von Spielhallenerlaubnissen nach § 33i GewO für 5 Jahre, vorzeitige Anpassungspflichten an einzelne neue Bestimmungen sind nicht vorgesehen.

3. Problemstellung

Zu den zahlreichen verfassungsrechtlichen Problemen der geplanten Maßnahmen und der damit verfolgten Politik einer Eindämmung des gewerblichen Gewinnspiels an Geldspielgeräten gehören auch und gerade Fragen des Vertrauensschutzes und der notwendigen Übergangsfristen.

Einschlägige Prüfungsmaßstäbe für die geplanten Regelungen sind auch insofern die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und das Grundrecht auf Eigentum (Art. 14 GG). Einbezogen ist der rechtsstaatliche Vertrauensschutz, der in der neueren Rechtsprechung nicht mehr gesondert Art. 20 GG zugeordnet, sondern in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einbezogen wird.³

Zumindest auf den ersten Blick enthalten die zitierten Regelungen und Regelungsvorschläge ein typisches Rückwirkungsproblem. So greifen die Regelungen zwar nicht auf in der Vergangenheit liegende abgeschlossene Tatbestände zurück (sog. „echte Rückwirkung“), aber sie betreffen durchaus in der Vergangenheit liegende Tatbestände und Handlungen, die im Vertrauen auf das geltende Recht entstanden und vorgenommen wurden, also Anknüpfungspunkte in zurückliegenden Zeitabschnitten haben (sog. „unechte Rückwirkung“). Die zu solchen Problemen ergangene umfangreiche Rechtsprechung des BVerfG und die erarbeiteten Grundsätze sind aber zum einen keineswegs einheitlich und in der Rechtsprechung der beiden Senate des BVerfG unterschiedlich. Sie betreffen zum anderen größtenteils nicht „klassische“ Eingriffe in bestehende Freiheitsrechte und in bereits erteilte Erlaubnisse, sondern rückwirkend geänderte Begünstigungen und Privilegien sowie die Inanspruchnahme von Umweltressourcen.

Dagegen geht es bei den Änderungen im Recht des gewerblichen Geld-Gewinnspiels um echte Eingriffe in eine bisher legal wahrgenommene Berufstätigkeit und zudem um Maßnahmen auf verschiedenen Ebenen des Bundesrechts, des Glücksspielstaatsvertrags, des Landesrechts und des Kommunalrechts (Mehrebenenproblematik). Auch wird der notwendige Vertrauensschutz nicht nur im Hinblick auf einzelne Maßnahmen, sondern vor dem Hintergrund mehrerer zusammenwirkender und sich wechselseitig verstärkender Belastungen (Probleme des kumulativen Grundrechtseingriffs) zu beurteilen sein.

3 BVerfGE 64, 72, 83 – Altersgrenze für Prüflingenieure; BVerfGE 75, 284, 291 – Rechtsbeistand; BVerfGE 119, 59, 77 – Hufschmiedeprüfung für Hufpfleger und Huftechniker.

4. Thematische Eingrenzung

Das folgende Rechtsgutachten behandelt die angesprochenen Probleme aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts. Die europarechtlichen Fragen sind Gegenstand einer eigenen Untersuchung.⁴

II. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Die verfassungsrechtliche Beurteilung von Regelungen zum Vertrauensschutz und Übergangsregelungen hängt naturgemäß von der Verfassungsmäßigkeit der jeweiligen „Hauptsachemaßnahmen“ ab und diese können nicht isoliert betrachtet werden. Einzubeziehen ist also die im Hauptgutachten angebrachte Kritik an den Maßnahmen wie Abstandsgebote, Verbot von Mehrfachkonzessionen sowie das dahinter stehende Gesamtkonzept „Eindämmung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels“.

1. Prüfungsmaßstab Berufsfreiheit (Art. 12 GG)

Erster verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab für Beschränkungen von gewerblichen Geld-Gewinnspielen und damit auch für die Übergangsregelungen ist die Berufsfreiheit des Art. 12 GG.⁵

1.1. Schutzbereich

Unter „Beruf“ ist nach der Rechtsprechung des BVerfG jede auf Erwerb ausgerichtete Tätigkeit zu verstehen, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient.⁶

Das ist bei jeder Form des gewerblichen Geld-Gewinnspiels und des Betreibens von Spielhallen der Fall. Diese sind nicht von vornherein verboten oder als gesellschaftlich schädlich aus dem Schutzbereich ausgeklammert. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit umfasst vielmehr grundsätzlich das Recht, Geldspielgeräte zu jeder Zeit, an jedem Ort, in jeder Anzahl herzustellen, zu vertreiben, aufzustellen und benutzen zu lassen. Einschränkungen dieses Rechts sind begründungsbedürftige Eingriffe in die Berufsfreiheit.

In personeller Hinsicht sind durch die Berufsfreiheit alle Gruppen geschützt, die aus wirtschaftlichen Erwerbszwecken am Vorgang des Ge-

4 Herrmann, Gutachten zur europarechtlichen Beurteilung der Einbeziehung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels in den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 28. Oktober 2011.

5 So zur Veranstaltung von Sportwetten BVerfGE 115, 276, 300 ff. (Rn. 80).

6 So zuletzt etwa BVerfGE 105, 252, 265; 115, 276, 300 ff.

winnspiels beteiligt sind, also Hersteller und Großhändler, Aufstellunternehmer, Gastwirte, Buchmacher, Vermittler.

1.2. Eingriff: Übergangsfrist als Aufschub einer negativen Berufszugangsregelung

a) Allgemeines

Die eingangs aufgeführten Maßnahmen zur Eindämmung und Beschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels sind in diesem Sinne offenbar Eingriffe in die Berufsfreiheit. Anders als der völlige Ausschluss privater Sportwetten⁷ betreffen sie zumindest bei oberflächlicher Betrachtungsweise nicht die Berufswahl, also das „Ob“ des Berufs der Hersteller, Aufstellunternehmer usw., sondern die Art und Weise der Berufstätigkeit. Gleichwohl können sie einzeln und vor allem in ihrer Gesamtheit nicht als „bloße Berufsausübungsregeln“ mit dem nach der Rechtsprechung des BVerfG geringsten Rechtfertigungsbedarf eingeordnet werden, denn es geht den Normgebern der verschiedenen Ebenen nicht einfach um die Art und Weise der Berufsausübung, sondern um das schrittweise Zurückdrängen und Eindämmen der Berufe als solche in diesem Bereich. Insofern handelt es sich z. B. auch bei Werbebeschränkungen und Sperrzeiten nicht um reine Berufsausübungsregelungen, sondern um Regelungen der Berufswahl. Das gilt besonders dann, wenn die Regelungen allein oder in ihrer Gesamtheit die berufliche Existenz in Frage stellen oder einen wirtschaftlichen Betrieb eines Unternehmens unmöglich machen.⁸

Vom Einzelnen nicht beeinflussbare, also objektive Berufszulassungsschranken sind alle Regelungen, die bestimmte Standorte für Geld-Gewinnspiele und Spielhallen ausschließen, Verbote von Mehrfachkonzessionen für einen Standort, Regelungen über Höchstzahlen und Abstandsgebote. Das gilt zumal dann, wenn die entsprechenden Kontingente vor oder nach Inkrafttreten des Gesetzes erschöpft sind, eine weitere Zulassung also nicht mehr möglich ist.

Richten sich mehrere Eingriffe gegen denselben Grundrechtsadressaten und tritt dadurch eine besondere Belastung ein, so wird vom „kumulativen“ oder auch „additiven“ Grundrechtseingriff gesprochen.⁹

7 Dazu BVerfGE 115, 276, 300 ff. Rn. 84 ff.

8 BVerfGE 30, 292, 316 – Erdölbevorratung.

9 *F. Hufen*, Staatsrecht II 3. Aufl. 2011, § 35, Rn. 40; *G. Kirchhof*, NJW 2006, 732; *Lücke*, DVBl. 2001, 1469; *Klement*, AöR 134 (2009), 35.

Es bedarf kaum einer Begründung, dass die auf den verschiedenen Regelungsebenen vorgesehenen Einschränkungen nicht nur wegen des expliziten „Eindämmungszieles“, sondern auch in ihren einzelnen Auswirkungen in diesem Sinne wie ein die Existenz der Betroffenen bedrohender kumulativer Eingriff wirken.

b) Eingriffe in die Rechte von bereits im Beruf befindlichen Grundrechtsinhabern (Rückwirkungsproblem)

Besondere verfassungsrechtliche Probleme entstehen dann, wenn eine Einschränkung der Berufsfreiheit nicht nur für die Zukunft wirkt, sondern auch bereits bestehende Berufstätigkeiten erfasst. „Greift“ eine neue Regelung auch für diese ihre Grundrechte bereits ausübenden Gewerbetreibende, dann liegt darin ein besonders intensiver Grundrechtseingriff, der sogar gravierender ist als ein Verbot gegenüber Personen, die ihre Berufstätigkeit erst nach Inkrafttreten des Gesetzes aufnehmen. Letztere können sich in ihren Dispositionen und Investitionsentscheidungen auf die neue Rechtslage einstellen, während erstere im Vertrauen auf die bestehende Rechtslage bereits Investitionen getätigt, sich durch Mietverträge gebunden und Personal eingestellt haben. Im Bereich des gewerblichen Geld-Gewinnspiels dürfte dies für die überwiegende Zahl der Fälle zutreffen.

Wenn „Beruf“ als eine auf Dauer angelegte Tätigkeit zum Erwerb des Lebensunterhalts definiert ist,¹⁰ dann folgt schon daraus, dass alle Regelungen, die einen bereits ergriffenen Beruf betreffen, besonders schwerwiegende Belastungen sind, die besondere Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit und den Vertrauensschutz stellen. Werden die Zugangsvoraussetzungen so ausgestaltet, dass die Ausübung des Berufs für den Einzelnen rechtlich oder praktisch unmöglich wird, dann lässt sich auch von einer „Berufsschließung“ und – aus der Sicht von Betroffenen – von einem Berufsverbot sprechen.

Übergangsregelungen, die es bereits im Beruf befindlichen Grundrechtsinhabern ermöglichen, den Beruf weiter auszuüben, stellen nur dann einen Ausgleich dieses besonders schweren Eingriffs dar, wenn sie für die erfasste Gruppe unbefristet sind. Enthält ein Gesetz aber eine Übergangsfrist, nach deren Ablauf die belastende Berufsregelung ganz oder teilweise gilt, dann handelt es sich nicht etwa um eine Begünstigung, sondern lediglich um einen Aufschub eines Eingriffs in die Berufswahlfreiheit, zumal wenn die Regelung bewirkt, dass eine zuvor erlaubte und legal ausgeübte Tätigkeit nach Ablauf der Frist nicht mehr erlaubnisfähig sein wird.

10 BVerfGE 105, 252, 265; 115, 276, 300 ff.

Festzuhalten ist also, dass eine Übergangsfrist einen Grundrechtseingriff nur aufschiebt, nicht aufhebt. So bedeutet etwa der in mehreren Gesetzen bzw. Gesetzentwürfen zum Spielhallenrecht enthaltene fünfjährige Bestandschutz für rechtmäßig betriebene Gewerbe praktisch nur, dass die Folgen des Grundrechtseingriffs die Adressaten der Regelung erst nach 5 Jahren treffen. Die Zulassungssperre wirkt also gleichsam aufschiebend bedingt.

1.3. Besondere Anforderungen an die Rechtfertigung von Eingriffen in die bereits legal wahrgenommene Berufstätigkeit

Alle Eingriffe in die Berufsfreiheit und somit auch die einschränkenden Maßnahmen gegen das gewerbliche Geld-Gewinnspiel sind nur dann verfassungsgemäß, wenn sie auf einer ihrerseits verfassungskonformen gesetzlichen Grundlage beruhen und inhaltlich verfassungskonform sind, d.h. vor allem dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechen.¹¹

Die allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung von Maßnahmen gegen Anbieter von Geld-Gewinnspielen und Betreiber von Spielhallen wurde im Hauptgutachten vorgenommen. Gleichwohl schlägt eine festgestellte Unverhältnismäßigkeit von Maßnahmen als solche auf die Beurteilung des Vertrauensschutzes durch, denn eine bereits für die Zukunft unverhältnismäßige Regelung kann erst Recht ein faktisch rückwirkendes Verbot nicht rechtfertigen. Dasselbe gilt für die Fälle, in denen bereits die Gesetzeskompetenz für die Regelung als solche nicht vorliegt oder die Regelung den Geboten der Bestimmtheit, Folgerichtigkeit und Kohärenz nicht entspricht.

Inhaltlich geht es bei solchen Eingriffen zwar um ein Problem „unechter“ oder faktischer Rückwirkung. Die besondere Härte von Eingriffen in die bereits ausgeübte Berufstätigkeit darf hier aber nicht durch abstrakte Formeln und Fallgruppen überdeckt werden. In der umfangreichen Rechtsprechung zu Rückwirkung und Vertrauensschutz spielen nämlich Fälle eines echten Eingriffs in bestehende Berufspositionen eine vergleichsweise geringe Rolle, weil es zumeist um Begünstigungen, Privilegien und die weitere Inanspruchnahme von Umweltressourcen geht. Kritisch zu untersuchen sind also die Trennung in Fälle „echter und unechter“ Rückwirkung bzw. nur „tatbestandlicher Rückanknüpfung“ (a), die Formel von berechtigtem und unberechtigtem Vertrauen in den Fortbestand einer gesetzlichen Regelung (b) oder auch die Trennung von „echten“ Rechtspositionen und lediglich weniger geschützten wirtschaftlichen Chancen und Erwartungen (c). Selbst die „klassische“ Drei-

11 Exemplarisch BVerfGE 106, 62, 104 – Altenpflege.

stufentheorie mit ihrer Einstufung nach Berufsausübung, subjektiven und objektiven Berufszugangsschranken wird der spezifischen Übergangsproblematik in solchen Fällen nur bedingt gerecht (d). Erforderlich ist vielmehr eine konkrete Zuordnung des öffentlichen Interesses an einer möglichst sofort wirksamen Regelung einerseits und den schützenswerten Grundrechtsbelangen der Betroffenen andererseits (dazu unten 1.4.).¹²

a) „Echte“ und „unechte“ Rückwirkung – tatbestandliche Rückanknüpfung

Die auf den ersten Blick entscheidende Differenzierung in der Rechtsprechung des BVerfG ist bisher der Unterschied von „echter“ und „unechter“ Rückwirkung.

Weiterhin streng begrenzt und nur mit hinreichender Übergangsfrist möglich sind Gesetze mit „echter Rückwirkung“, also die Anknüpfung einer Regelung an einen bereits vor dem Inkrafttreten abgeschlossenen Sachverhalt.¹³

Zu unterscheiden von der „echten“ Rückwirkung ist die „unechte“ oder auch faktische Rückwirkung, d.h. solche Regelungen, die sich zwar nicht auf in der Vergangenheit abgeschlossene Tatbestände, aber auf einen in der Vergangenheit begonnenen, noch nicht abgeschlossenen Lebenssachverhalt beziehen. Das ist im vorliegenden Kontext z. B. der Fall, wenn eine neue Regelung solche Berufstätige trifft, die in der Vergangenheit im Vertrauen auf die zum jeweiligen Zeitpunkt geltende Regelung eine Tätigkeit aufgenommen, eine Investition vorgenommen oder in sonstiger Weise auf die Fortgeltung des bestehenden Rechts vertraut haben.

Das BVerfG und andere Gerichte haben an diese faktisch auf vergangene Tatbestände zurückwirkenden Regelungen weniger strenge Anforderungen geknüpft als an die „echte“ Rückwirkung. Schon im Begrifflichen ist diese Rechtsprechung aber nicht immer einheitlich. Während das BVerfG früher durchweg von „unechter Rückwirkung“ sprach, hat sich in neuerer Zeit – ausgehend von der Rechtsprechung des 2. Senats

12 Grundlegend: *Blanke*, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, Tübingen 2000.

13 *K. Fischer*, Die Verfassungsmäßigkeit rückwirkender Normen, JuS 2001, 861; allg. zur Rückwirkung *Kunig*, Rechtsstaatliches Rückwirkungsverbot, HdBGrundR III (2010), § 69, 569.

des BVerfG – der Begriff der „tatbestandlichen Rückanknüpfung“ eingebürgert.¹⁴

Eine „unechte Rückwirkung“ ist nach ständig eingesetzten Formeln verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig, allerdings können sich aus dem Vertrauensschutz und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Grenzen der Zulässigkeit ergeben. Diese sind überschritten, wenn die vom Gesetzgeber angeordnete unechte Rückwirkung zur Erreichung des Gesetzeszwecks nicht geeignet und erforderlich ist und wenn die Bestandschutzinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen.¹⁵

Inhaltlich geht es also um nichts anderes als um eine besondere Verhältnismäßigkeitsprüfung – wobei aber zu beachten ist, dass jede belastende Regelung ohnehin verhältnismäßig sein muss, bei rückwirkenden Regelungen also eine Art von qualifizierter Verhältnismäßigkeitsprüfung gefordert wird.

Grundrechtlich wie rechtstaatlich erforderliches Mittel des Vertrauensschutzes und der Milderung der Folgen unechter Rückwirkung bzw. tatbestandlicher Rückanknüpfung ist die angemessene Übergangsfrist. Sie ist dezidiert dazu bestimmt, die Folgen einer Neuregelung für die bereits beruflich Tätigen abzumildern und diesen Gelegenheit zu geben, sich ohne Existenzgefährdung auf die neue Regelung einzustellen. Auch diese Diskussion führt das BVerfG zumeist unter dem Stichwort „Zumutbarkeit“. Eine fehlende oder unzureichende Übergangsregelung gehört zu den häufigsten Gründen für eine Verletzung von Art. 12 GG in der Rechtsprechung des BVerfG. Auch bei zulässiger Rückwirkung ist also eine zeitgerechte Regelung geboten.¹⁶

Insgesamt zeigt sich aber, dass die Unterscheidung von „echter“ und „unechter“ Rückwirkung für die hier zu beurteilenden Fälle wenig hergibt. Die von der Rechtsprechung behandelten Fälle „echter“ Rückwirkung betreffen nahezu ausschließlich das Strafrecht – einschließlich des Problems der rückwirkenden Sicherheitsverwahrung, also den Schutzbereich von Art. 103 Abs. 2 GG – und das Abgabenrecht, in dem bekanntlich rückwirkende Regelungen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind.

14 BVerfGE 72, 200, 242; zuletzt BVerfG, NJW 2010, 3629 – Verlängerung der Spekulationsfrist bei Grundstücksveräußerungsgeschäften; allg. zu dieser Entwicklung *Brüning*, Die Rückwirkung von Legislativakten, NJW 1998, 1525.

15 BVerfGE 88, 384, 406; 101, 239; zuletzt BVerfGE 127, 61, 76.

16 St. Rspr. seit BVerfGE 45, 142, 177.

Dagegen würde niemand auf die Idee kommen, berufsregelnde Normen mit echter Rückwirkung auszustatten, also z. B. einen Beruf für die Vergangenheit zu verbieten oder mit „nachträglichen“ Zulassungsschranken zu versehen. Es geht also so gut wie immer um „unechte“ Rückwirkungen und die maßgebliche Unterscheidung betrifft nicht „echt“ oder „unecht“, sondern allenfalls „besonders hart“ oder „weniger hart“. Überhaupt scheint es angemessener, nicht von Rückwirkung, sondern von einem Eingriff in eine bereits erlaubte und ausgeübte Berufstätigkeit zu sprechen.

Dabei zeigt sich, dass die vorgesehenen Regelungen für das gewerbliche Geld-Gewinnspiel zu den besonders „harten“ Einschnitten gehören. In der Sache geht es hier nicht um die Anknüpfung einer bestehenden Regelung an in der Vergangenheit liegende Tatbestände, sondern in aller Deutlichkeit um eine lediglich um 5 Jahre aufgeschobene drastische Einschränkung der Berufswahlfreiheit im Bezug auf einen bereits ausgeübten Beruf, die auch – außer im Hinblick auf die Sachkundenachweise und ähnliche Regelungen – durch den Einzelnen nicht beeinflusst werden kann. Insbesondere das Verbot von Mehrfachkonzessionen, Abstandsgebote und Höchstzahlen für Spielhallen betreffen auch nach einer „Übergangsfrist“ von 5 Jahren die Berufsfreiheit vieler Betroffener in einem Maße, die einer Berufsschließung und einem lediglich aufgeschobenen Berufsverbot gleichkommt. Nach Inkrafttreten der neuen Regelung wird eine wirtschaftliche Führung dieser Berufe nicht mehr möglich sein.

b) *Berechtigtes und unberechtigtes Vertrauen in den Fortbestand einer gesetzlichen Regelung – begünstigende und belastende Regelungen*

Zweites Argumentationsmuster bei der Verharmlosung tatsächlich rückwirkender Eingriffe ist die Unterscheidung zwischen „berechtigter“ oder „nicht berechtigter“ Erwartungen in den Fortbestand einer begünstigenden Regelung. Berechtigt soll das Vertrauen nur bei belastenden, nicht aber bei begünstigenden Regelungen sein. Grundsätzlich könne der Staatsbürger nicht darauf vertrauen, dass eine für ihn günstige Regelung in aller Zukunft bestehen bleibt.¹⁷

Das Grundgesetz schütze z. B. nicht die bloße Erwartung, das geltende Recht werde unverändert fortbestehen. Das soll auch dann gelten, wenn die Betroffenen bei ihren Dispositionen von den bisherigen Steuersätzen ausgegangen sind. Insbesondere gebe es kein Vertrauen in letztlich unberechtigte Steuersubventionen. Deshalb kann nicht verwundern, dass

17 BVerfGE 70, 69, 84.

das BVerfG in dieser Fallgruppe dem Gesetzgeber einen besonders weiten Gestaltungsspielraum – bis zur Grenze der Zumutbarkeit – zubilligt.¹⁸

Auch ein in umfangreichen Dispositionen betätigtes Vertrauen in den Bestand des geltenden Rechts begründet hier grundsätzlich noch keinen abwägungsresistenten Vertrauensschutz.¹⁹

Immerhin gibt es aber auch in dieser Fallgruppe unzumutbare Belastungen und eine Abwägung zwischen öffentlichem Interesse und Vertrauensschutz ist nötig.

Die genannten Formeln sind aber keineswegs verallgemeinerungsfähig. Sie betreffen nahezu ausschließlich das Vertrauen in den Fortbestand steuerrechtlicher Begünstigungen oder anderer staatlicher Subventionen.²⁰

Ähnlich behandelt werden bestehende Vergütungsregelungen, Privilegien oder gar Monopole, auf deren unverändertes Fortbestehen auch dann niemand vertrauen kann, wenn er seine Berufswahl im Hinblick auf eine bestimmte Vergütungsregelung oder ein fortbestehendes Privileg getroffen hat.²¹

Ganz anders sind Fälle zu behandeln, in denen es nicht um fortbestehende Begünstigungen, sondern um echte Belastungen geht, also in eine bestehende Grundrechtsposition eingegriffen wird.²²

Hier hat in der Regel das Vertrauen in das Fortbestehen gewährleiteter Freiheitsspielräume Vorrang – dies vor allem dann, wenn der Freiheitsgebrauch durch eine staatliche Erlaubnis gesichert ist.

Ausnahmen gelten hier allenfalls bei der Inanspruchnahme von Umweltressourcen oder dem Betrieb risikobehafteter technischer Anlagen. Wer sich zum Beispiel im Technik- und Anlagenrecht betätigt, kann nicht darauf vertrauen, dass seine Berufstätigkeit unverändert bleibt, auch wenn sich die Risiken oder wissenschaftlichen und technischen Maßstäbe geändert haben.²³

18 St. Rspr. seit BVerfGE 21, 173, 183; 43, 242, 288.

19 *Muckel*, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, 1989.

20 So zuletzt etwa BVerfGE 105, 17, 30 – erhöhte Besteuerung von Sozialpfordbriefen; BVerfG, Kammer, NJW 2011, 996 – Besteuerung von Wohnmobilen.

21 BVerfG, 18.2.2009, NVwZ 2009, 1025 – Neuregelung der Vergütung von Strom aus mehreren Biomasseanlagen; BVerfG NVwZ-RR 2011, 385 – Schornsteinfeger-Monopol.

22 BVerfGE 30, 367, 386.

23 Vgl. zuletzt BVerfG, Kammer, NVwZ 2010, 771 – Legehennen-Altanlage.

Der Eingriff in bestehende Freiheitsrechte im Zusammenhang mit Geld-Gewinnspielen ist aber mit keiner dieser Fallgruppen auch nur ansatzweise vergleichbar. Hier geht es weder um Vergünstigungen noch um die bloße Erwartung in das Fortbestehen einer Regelung, noch werden Umweltressourcen in Anspruch genommen oder möglicherweise gefährliche technische Anlagen betrieben. Hier wird eine als unerwünscht betrachtete Berufstätigkeit nach einer Übergangsfrist erheblich erschwert, wenn nicht unmöglich gemacht. Die zu gänzlich anders gelagerten Fallgruppen entwickelten Formeln zur „unechten Rückwirkung“ und zu „unberechtigten Erwartungen in den Fortbestand einer gesetzlichen Regelung“ sind deshalb hier unanwendbar.

c) Unterscheidung von Rechtspositionen und Chancen

Nicht nur bei Art. 14 GG, sondern auch bei Art. 12 GG wird gelegentlich zwischen geschützten „echten“ Rechtspositionen und lediglich „Markt- und Wettbewerbschancen“ unterschieden.²⁴

So sei es kein Eingriff in die Berufsfreiheit, wenn es lediglich darum ginge, den Staatsbürger vor Enttäuschungen in wirtschaftliche Entwicklungen zu bewahren.²⁵

Vielmehr sei es das unbestrittene Recht des Gesetzgebers, bestehende Sachverhalte und wirtschaftliche Chancen durch eine Gesetzesänderung einer neuen Rechtslage zu unterwerfen, denn die Möglichkeit, durch neue Gesetze auf bestehende Rechtslagen und wirtschaftliche Verhältnisse einzuwirken, sei jeder Gesetzgebung immanent.²⁶

Auch diese Formel ist aber letztlich nicht geeignet, den konkret erforderlichen Vertrauensschutz im Fall der Einschränkung von gewerblichen Geld-Gewinnspielen und Spielhallen zu überwinden. Schließlich geht es nicht lediglich um wirtschaftliche Erwartungen, sondern um getätigte Investitionen und eingegangene vertragliche Bindungen und vor allem um das Fortbestehen der Freiheit der Berufswahl, also einer in Art. 12 GG grundrechtlich gesicherten Rechtsposition. Geschützt ist insofern nicht lediglich die „Chance“ zum Erwerb des Lebensunterhalts, sondern die berufliche Tätigkeit als solche und ein bereits ausgeübtes Freiheitsrecht.

24 BVerfGE 34, 252, 256 – Steuerberatung.

25 BVerfGE 109, 133, 182.

26 BVerfGE 127, 1, 17; 127, 31, 47.

d) Berufsausübung und Berufswahl

Wie bei der gesamten Verhältnismäßigkeitsprüfung zu Art. 12 GG spielt der Unterschied zwischen Berufsausübungsregelung und Regelung zur subjektiven bzw. objektiven Berufswahl auch bei der Prüfung rückwirkender Gesetze und der Bedeutung des Vertrauensschutzes eine Rolle. Wie im Allgemeinen, so werden hier „bloße Berufsausübungsregelungen“ in der Regel an geringere Voraussetzungen geknüpft und übergangslose Regelungen der Berufsausübung sollen bei vorliegenden Gemeinwohlzielen praktisch immer möglich sein.²⁷

Zu beachten ist jedoch, dass auch eine in eine bestehende Berufsausübung eingreifende Regelung zu besonderen Härten führen kann – zumal wenn sie eine tatbestandliche Rückanknüpfung enthält, der Betroffene sich also auf die bisherige Art der Berufsausübung eingestellt hat. Die Zuordnung zur Berufsausübungsregelung rechtfertigt also gleichfalls kein Übergehen des Vertrauensschutzes. Das gilt umso mehr, wenn die Berufsausübungsregelung im Zusammenwirken mit anderen Eingriffen (kumulativer Grundrechtseingriff) dazu führt, dass der Beruf insgesamt erheblich erschwert oder gar unmöglich gemacht wird. Dann gelten die strengeren Maßstäbe der subjektiven oder objektiven Berufszulassungsregel. Das ist im hier zu erörternden Beispielsfall etwa gegeben, wenn Anforderungen an die bauliche Gestaltung, Zugangsbeschränkungen für Kunden oder die Pflicht zur Videoüberwachung die wirtschaftliche Betätigung in einer Weise erschweren, die dem Betrieb die Grundlage entzieht.²⁸

Ähnliches gilt für subjektive Berufswahlregeln. Machen neue Erkenntnisse neue Qualifikationen für einen bestimmten Beruf erforderlich, dann ist es auch solchen Personen zumutbar, die entsprechenden Qualifikationen – ggf. nach einer angemessenen Übergangsfrist – zu erwerben, die bereits im Beruf tätig sind. Hier handelt es sich um subjektive Eignungskriterien, die ggf. auch nachträglich erworben werden können. Voraussetzung ist aber, dass es dem Betroffenen wirklich möglich ist, die Zusatzqualifikation im gegebenen Zeitraum zu erwerben, und dass diese als solche nicht überzogen und unzumutbar ist. Eine unzumutbare Überqualifikation oder eine geforderte, aber nicht zur Berufsfähigkeit beitragende Qualifikation verletzen Art. 12 GG²⁹ und können auch nach Ablauf einer Übergangsfrist nicht verlangt werden. So wäre

27 St. Rspr. seit BVerfGE 7, 377, 405 – Apotheke.

28 BVerfGE 30, 292, 316 – Erdölbevorratung.

29 BVerfGE 34, 71, 78 – Großer Sachkundenachweis für Lebensmitteleinzelhandel; BVerfGE 119, 59, 77 – Meisterprüfung Hufschmied für Huftechniker und Hufpfleger.

es etwa eine unzumutbare Überqualifikation, wenn – selbst nach einer Übergangsfrist – von einem Spielhallenbetreiber dieselben Anforderungen wie an den Betreiber einer Spielbank gestellt oder die Ablegung einer Gerätetechniker-Prüfung verlangt würden. Der Erwerb von Kenntnissen und der Sachkundenachweis im Hinblick auf Jugendschutz und pathologisches Spielverhalten dagegen dürften auch nach einer relativ kurzen Übergangsfrist zumutbar sein.

Besonders streng sind solche neuen Zugangsregeln zu beurteilen, auf die der Einzelne keinen Einfluss hat (objektive Berufszulassungsschranke). Diese kommen schon als solche nur zum Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter in Betracht. Den Gesundheitsschutz hat das BVerfG dabei immer wieder als ein solches Rechtsgut bezeichnet,³⁰ und auch die „Bekämpfung der Spielsucht“ wurde zumindest als wichtiges Gemeinschaftsgut und als Grund für den Fortbestand des staatlichen Lotteriemonopols gesehen.³¹

Ob diese Argumentation schlüssig ist, wird im Hauptgutachten geklärt. Jedenfalls rechtfertigt das genannte Ziel kein Eingreifen auch in bestehende Berufspositionen und eine Berufsschließung „durch die Hintertür“. Als objektive Zulassungsschranken erweisen sich auch Beschränkungen wie Abstandsregeln zwischen Spielhallen, Höchstzahl von Spielhallen in Gemeinden oder auch das Verbot von Mehrfachkonzessionen, denn hier wird nicht nur neu Hinzukommenden der Berufszugang erschwert, sondern nach dem Ablauf der Übergangsfrist werden auch die bereits in diesem Beruf Befindlichen hinausgedrängt. Ein besonders schwerwiegender Eingriff durch diese Form des „Übergangs“ liegt dann vor, wenn der Betreffende nach Ablauf der Übergangsfrist Zulassungsschranken unterworfen wird, die er nicht mehr erfüllen kann.

Eine solche Maßnahme ist allenfalls dann gerechtfertigt, wenn – das Gemeinwohlziel Bekämpfung des pathologischen Spiels einmal vorausgesetzt – ein so dringender Handlungsbedarf besteht, dass demgegenüber die berufliche Existenz von bisher legal im Beruf befindlichen Grundrechtsinhabern mit sofortiger Wirkung oder nach einer geringfügigen Übergangsfrist zurücktreten muss. In der Sache geht es also um eine Abwägung im Rahmen einer besonders qualifizierten Zumutbarkeitsprüfung und eine strenge Zuordnung öffentlicher Vollzugsinteressen und privater Belange des Vertrauensschutzes.³²

30 BVerfGE 9, 338, 346 – Altersgrenze für Hebammen; BVerfGE 78, 179, 192 – Heilpraktiker; BVerfGE 95, 173, 181 – Warnhinweis für Tabakerzeugnisse.

31 BVerfGE 115, 276, 300.

32 Ähnl. BVerfGE 76, 256, 356; 88, 384, 406; zuletzt BVerfGE 127, 1, 17ff.

1.4. Übergangsregelung als Aufgabe „praktischer Konkordanz“

a) Allgemeine Grundsätze

Als Teilergebnis war festzuhalten, dass im Hinblick auf den notwendigen Vertrauensschutz die gängigen Formeln von „echter“ und „unechter“ Rückwirkung, Begünstigung und Belastung, schützenswertem Freiheitsgebrauch und weniger schützenswerten Erwartungen, bloßer Berufsausübungsregelung und Berufswahl usw. in der hier zu behandelnden Fallgruppe nicht zu tragfähigen Ergebnissen führen.

Notwendig ist vielmehr eine konkrete Zuordnung privater und öffentlicher Belange und Rechte. Nach dem Prinzip der „praktischen Konkordanz“ sind diese Belange in einen schonenden Ausgleich zu bringen, d.h. es darf nicht einfach eine Seite verdrängt oder überspielt werden.³³

Dabei geht es nicht um die Zumutbarkeit der Regelung als solcher, sondern konkret um die Zumutbarkeit eines nur geringfügig verzögerten Inkrafttretens der Regelung. Ähnlich wie in Fällen des vorläufigen Rechtsschutzes stehen also gleichsam Vollzugsinteresse und Suspensivinteresse einander gegenüber und sind auch in ähnlicher Weise einander zuzuordnen. Es ist also zu fragen, ob die Gründe eines sofortigen Inkrafttretens den Vertrauensschutz in die bestehende Regelung und das grundrechtlich geschützte Interesse an einer weiteren Ausübung des Berufs überwiegen. Wichtig ist es herauszuarbeiten, ob und in welchem Umfang Bestandsinteressen der Betroffenen die Veränderungsgründe des Gesetzgebers überwiegen.³⁴

Im Mittelpunkt der Frage des Vertrauensschutzes steht die angemessene und damit zumutbare Übergangsfrist. Der Aufschub für bereits im Beruf Befindliche kann eine wesentliche Bedingung der Verfassungsmäßigkeit einer Regelung sein.³⁵

Auch im Hinblick auf die zu beachtende Übergangsfrist helfen abstrakte Vorgaben wenig. Auch hier dürfen die wenigen Aussagen des BVerfG, die zumeist von einem erheblichen Entscheidungsspielraum des Gesetzgebers ausgehen,³⁶ nicht verallgemeinert werden, weil sie zu-

³³ Zum Begriff *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. (1995) Rn. 308; das BVerfG hat diesen Begriff wörtlich oder sinngemäß in zahlreichen maßgeblichen Judikaten übernommen.

³⁴ BVerfGE 101, 239, 263.

³⁵ BVerfGE 67, 1, 15.

³⁶ BVerfGE 43, 242; 67, 1, 15.

meist aus dem Bereich des Steuerrechts stammen oder bestehende Begünstigungen betreffen.

Die Dauer der Frist richtet sich nach der Schwere des Eingriffs einerseits und möglicher Gefahren durch den Aufschub der Wirksamkeit für das Gemeinwohl andererseits.³⁷

Die Vernichtung einer beruflichen Existenz wird dabei selten zu rechtfertigen sein. In Fällen besonderer Härte muss die Berufstätigkeit von bereits aktiven Grundrechtsinhabern auf Dauer gesichert bleiben. Anhaltspunkte für die Berechnung der Frist können die Dauer der Amortisierung der eingesetzten Investitionen und die Abschreibung von Gebäuden, Geräten und Einrichtungen sowie die Dauer der Mietverträge und der Beschäftigungsverhältnisse sein.

Deutlichere Aussagen der Rechtsprechung gibt es nur zu Beginn der Frist, also dem Zeitpunkt, von dem an die Adressaten mit der belastenden Regelung rechnen müssen. Dies ist spätestens bei der Verkündung des Gesetzes der Fall.³⁸

Dagegen reichen gerade bei einer so umstrittenen und vielschichtigen Problematik wie beim gewerblichen Geld-Gewinnspiel sicherlich nicht die Einbringung des Gesetzesentwurfs oder der Zeitpunkt einer Beratung der Ministerpräsidenten über Änderungen in einem Staatsvertrag.

b) Konkret: Gemeinwohlbelange und Gemeinwohlinteressen im Hinblick auf das Inkrafttreten von Regelungen gegen das gewerbliche Geld-Gewinnspiel

In der öffentlichen Diskussion werden für die Eindämmung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels immer wieder Gründe der „Bekämpfung der Spielsucht“ und der notwendige Jugendschutz angeführt. Speziell zu Spielhallen werden städtebauliche Gründe und die Bekämpfung des „kriminellen Milieus“ genannt. Besondere Gründe für ein möglichst rasches und „übergangsloses“ Inkrafttreten der Regelungen werden selten dargelegt. Im Gegenteil finden sich in einzelnen Begründungen eher Hinweise auf den notwendigen Bestandsschutz für Betroffene. Demgegenüber können die Gründe für ein sofortiges oder allenfalls um 5 Jahre aufgeschobenes Inkrafttreten kaum überzeugen.

aa) Wie im Hauptgutachten ausführlich begründet wird, sind die Gefahren für ein pathologisches Spielverhalten, die gerade vom gewerblichen Geld-Gewinnspiel ausgehen, im Vergleich zu den jederzeit offe-

37 BVerfGE 68, 272, 286; 101, 185, 188.

38 BVerfG, st. Rspr., zuletzt 07.07.2010, NJW 2010, 3629; *Kunig*, Rechtstaatliches Rückwirkungsverbot, HdBGrundR § 69, Rn. 7.

nen und kaum einschränkbar Online-Glücksspielen und nach wie vor auch den Spielbanken sehr viel geringer, als dies in der öffentlichen Diskussion behauptet wird. Schon gar nicht rechtfertigen sie drastische Eingriffe in bestehende Berufe. Das Potenzial für pathologisches Spielverhalten im Bereich des gewerblichen Geld-Gewinnspiels muss in Relation zur Gesamtzahl von Nutzern, die kein pathologisches Verhalten zeigen, gesetzt werden. Auch gäbe es mildere Mittel, die der Bekämpfung pathologischen Verhaltens besser oder gleich wirksam dienen würden, als der Eingriff in bestehende Positionen der Berufsfreiheit und des Eigentums; z.B. könnten Spielanreize durch entsprechende Warnungen und durch in freiwilliger Selbstbeschränkung umgesetzte technische Maßnahmen verringert werden. Diese würden letztlich sogar wesentlich rascher wirksam als normative Änderungen mit deren aus verfassungsrechtlichen Gründen gebotenen langen Übergangsfristen bzw. langwierigen rechtlichen Auseinandersetzungen.

bb) Immer wieder angeführt wird auch der nötige Jugendschutz. Wie in anderen Bereichen ist aber auch das Verbot oder die Einschränkung eines ganzen Berufes mit dem Ziel der Durchsetzung des Jugendschutzes unverhältnismäßig. Das schon jetzt auf Grund der Regelungen im Jugendschutzgesetz sowie der Gewerbeordnung und der SpielV erreichte hohe Niveau an Jugendschutz könnte ähnlich wie bei anderen technischen Geräten durch den Einsatz von Spielerkarten (Gerätefreischaltkarten) weiter erhöht werden. Fraglich ist umso mehr, ob der Jugendschutz ein sofortiges oder nur leicht verzögertes Eingreifen in bestehenden beruflichen Tätigkeiten erfordert.

cc) Im Hinblick auf Spielhallen werden auch städtebauliche Aspekte für eine Einschränkung angeführt. Spielhallen werden als Elemente von „Problemzonen“ oder sogar „Rotlicht-Milieus“ gesehen; ihre Zurückdrängung aus Bahnhofsvierteln oder anderen Kernzonen als städtebaulich unabdingbar postuliert. Soweit es sich um landesrechtliche Regelung bzw. den Glücksspielstaatsvertrag handelt, dürfen aber städteplanerische Aspekte schon aus Kompetenzgründen keine Rolle spielen, denn die Länder sind für das insofern angesprochene Bauplanungsrecht nicht zuständig (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG – Bodenrecht). Städtebauliche Probleme müssen also auf den im Baugesetzbuch und der Baunutzungsverordnung vorgegebenen Wegen verfolgt werden und können keinen Grund für repressive Maßnahmen gegenüber Spielhallen oder gar deren sofortiges Inkrafttreten liefern.

dd) Ebenso wenig dürfen rein fiskalische Gründe oder der „Konkurrenzschutz“ zugunsten fortbestehender staatlicher Lotteriemonopole oder „kostenpflichtiger Konzessionäre“ eine Rolle spielen.

In ihrer Stellungnahme zur Notifizierung des 1. GlüÄndStV (Stand: 14. April 2011) hat auch die EU-Kommission ausgeführt, dass die deutschen Behörden die Gründe für die vorgeschlagene Beschränkung nicht explizit ausgeführt haben. Liegt aber bereits ein erheblicher Begründungsmangel für die Regelung als solche vor, dann kann die Regelung nicht so dringend sein, dass sie sofort und ohne für die Betroffenen zumutbare Übergangsregelungen in Kraft gesetzt werden müsste. Gerade im Hinblick auf die Übergangsfristen stellt die Kommission Klärungsbedarf fest. So sei nicht klar, warum die 5-Jahres- bzw. Jahresfrist des § 29 1. GlüÄndStV gewählt worden sei.

c) Schwere des Eingriffs aus der Sicht der Betroffenen

Vorab ist zu bemerken, dass die Beurteilung der Härte und der Schwere etwaiger Eingriffe nicht ihrerseits durch pejorative Wertungen und Vorurteile gegen die Anbieter des legalen gewerblichen Geld-Gewinnspiels überlagert werden darf. Deren Interessen dürfen nicht von vornherein gleichsam abgewertet werden, während der „Kampf gegen die Spielsucht“ von vornherein als wichtiges und dringliches Gemeinschaftsziel hervorgehoben wird.³⁹

Die legitimen Interessen der Betroffenen werden vielmehr schon durch wirtschaftliche Grunddaten unterstrichen. Diese betreffen die Abschreibung von Gebäuden, Einrichtungen und Geräten, die übliche Dauer von Mietverträgen und die Beschäftigungsverhältnisse. Keineswegs zu vernachlässigen sind auch die Investitionen der Hersteller von Geld-Gewinnspielgeräten.

aa) Die Abschreibungsfristen für Unterhaltungsgeräte betragen nach internen Schätzungen 5 Jahre, für Geld-Gewinnspielgeräte 4 Jahre. Das Vertrauen der Betreiber wird – stellt man allein auf diesen Aspekt ab – also durch eine 5-Jahresfrist gewahrt. Umgekehrt bedeutet das aber auch, dass alle die Zahl oder auch den Abstand von Geräten und deren Standorten betreffenden Regeln mit Wirksamkeit unter 4 – 5 Jahren unzumutbar sind.

Bei den Abschreibungskosten darf aber nicht allein auf die Geräte abgestellt werden. So beträgt die Abschreibung für Laden- bzw. Gaststätteneinbauten in der Regel linear 8 Jahre. Nötig sind auch Klimaanlageanlagen sowie Alarm- und Überwachungsanlagen. Hierbei ist zu beachten, dass schon zur Erfüllung der bestehenden gesetzlichen Verpflichtungen der gesamte Innenausbau der Spielhallen nur zu diesem Zweck verwendbar

³⁹ Exemplarisch *Peters*, ZRP 2011, 134, 137: „Schützenswerte Interessen der Anbieter stehen nicht entgegen“ (gemeint ist bei diesem sogar ein Totalverbot von Glücksspielen(!)).

ist und Spielhallen in der Regel nur in Gebäuden betrieben werden können, die von einem Investor eigens zu diesem Zweck errichtet wurden. Die handels- und steuerliche Abschreibungsdauer solcher Immobilien beträgt 33 Jahre, was der maximalen Mietlaufzeit entspricht.

Insofern ist auch eine Reduzierung der Abschreibungsdauer auf die individuelle Laufzeit des Mietvertrags einschließlich beabsichtigter Mietverlängerungsoptionen zu berücksichtigen. In der Praxis kann die Abschreibungsdauer daher beispielsweise zwischen 10 und 33 Jahren betragen. Die Abschreibung erfolgt grundsätzlich linear.

Auch für die Nutzungsrechte/Konzessionen betragen die Abschreibungsdauern in Anlehnung an die Gebäudeabschreibung grundsätzlich 33 Jahre. Bei gemieteten Objekten erfolgt auch bei den Nutzungsrechten/Konzessionen eine Reduzierung der Abschreibungsdauer auf die individuelle Laufzeit des jeweiligen Mietvertrags. Aus Vereinfachungsgründen wird in der Praxis auch eine Abschreibungsdauer über beispielsweise 15 Jahre unterstellt. Die Abschreibung erfolgt hier gleichfalls grundsätzlich linear.

bb) Weitere langfristige Bindungen bestehen durch Mietverträge. Nach einer Umfrage betragen die üblichen Mietzeiten für Spielhallen im Mittel einmalig ca. 15 Jahre mit mehrmaligem mieterseitigem Optionsrecht auf Verlängerung um in der Regel jeweils 5 Jahre. Aufgrund der gesetzlichen Vorgaben werden insbesondere die Gebäude und Räume durch Investoren zum nahezu ausschließlichen Zweck des Betriebs einer Spielhalle errichtet und vermietet. Wegen der gesetzlich bedingten Besonderheiten eines für den Spielhallenbetrieb geeigneten Gebäudes entstehen nach Betriebsende bzw. Ablauf des Mietvertrags erhebliche Rückbauverpflichtungen. Diese werden im Allgemeinen von den betroffenen Firmen durch Rückstellungen gesichert, die jedoch auf eine Betriebszeit von mindestens 20 Jahren angelegt sind. Die Rückbaukosten werden von Betroffenen auf Beträge zwischen € 35.000,- und € 53.000,- geschätzt.

cc) Weitere langjährige Bindungen entstehen durch in der Regel unbefristete Arbeitsverhältnisse. Aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen muss jeder Spielhallenbetreiber eine bestimmte Mindestzahl von Aufsichtspersonen beschäftigen. Nach dem direkt oder indirekt erzwungenen Ende eines Betriebes würden erhebliche Abfindungssummen anfallen.

1.5. Teilergebnis

Insgesamt zeigen die hier nur abstrakt und verallgemeinernd genannten Zahlen, warum eine lediglich um 5 Jahre hinausgeschobene negative

Berufswahlregelung keine „Begünstigung“, sondern ein mit dem finanziellen Ruin zahlreicher Betreiber verbundenes lediglich aufgeschobenes Berufsverbot darstellt. Das gilt zumindest dann, wenn unter den neuen Bedingungen eine wirtschaftliche Ausübung des Berufs nicht mehr möglich ist. Das bestätigt letztlich, dass es sich bei diesen Regeln um eine zumindest indirekte Schließung eines Berufs handelt, die letztlich nur verfassungskonform ist, wenn jedenfalls den bereits im Beruf tätigen Personen die weitere legale Ausübung des Berufs zu wirtschaftlich tragfähigen Bedingungen auf Dauer weiter ermöglicht wird. Unterhalb dieser Aussage müssen für Regelungen, die die Ausübung des Berufs in Frage stellen, Übergangsfristen von mindestens 15 Jahren gelten.

Betrachtet man die bisherigen Fällen, in denen das BVerfG eine gesetzliche Regelung wegen eines Verstoßes gegen das Zumutbarkeitsgebot und den Vertrauensschutz aufgehoben hat, so wird deutlich, dass – wo vorhanden – die Begründung der Gesetze jeweils lapidar versicherte, eine bestimmte Frist reiche für die Betroffenen aus, „um sich auf die neue Situation einzustellen“. Für Dentisten, Rechtsbeistände und Huftechniker musste dann jeweils erst das BVerfG klarstellen, dass eine Frist von wenigen Jahren eben nicht ausreicht, um getätigte Investitionen zu amortisieren, völlig neue Qualifikationsvoraussetzungen zu erfüllen, ein neues Klientel zu gewinnen usw.⁴⁰

So schwierig einzuschätzen die Erfolgssichten einer Verfassungsbeschwerde im Fall des gewerblichen Geld-Gewinnspiels auch sein mögen, weil hier im Vergleich zu den genannten Fallgruppen besonders wirksame Vorurteile bis in die rechtliche Diskussion hinein vorzuherrschen scheinen, so deutlich ist jedoch auf Grund der geschilderten Fallkonstellation, dass die genannten „Übergangsfristen“ von in der Regel 5 Jahren in keiner Weise den Anforderungen des Art. 12 GG gerecht werden.

2. Prüfungsmaßstab Eigentum (Art. 14 GG)

Als weiteres von den geschilderten Maßnahmen betroffenes, aber offenbar von deren Autoren kaum in den Blick genommenes Grundrecht kommt die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) in Betracht.

40 BVerfGE 25, 236 – Dentist; BVerfGE 75, 284, 291 – Rechtsbeistand; BVerfG, Kammer, NJW 2000, 3416 – Vertragsarztzulassung für psychologische Psychotherapeuten; BVerfGE 119, 59, 77 – Hufschmiedprüfung für Hufpfleger und Huftechniker.

2.1. Schutzbereich

Verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum besteht zunächst an unbeweglichen (z.B. Spielhalle, Gasthaus, Geschäftshaus) und beweglichen (z.B. Geldspielgeräte) Sachen. Die Gewährleistung umfasst dabei auch das Recht, mit dem Eigentum nach Belieben zu verfahren und andere von der Nutzung auszuschließen.

Für die hier zu erörternde Problemstellung der „Eindämmung“ des gewerblichen Geld-Gewinnspiels ist vor allem die Frage von Bedeutung, ob und inwiefern die erteilten und erworbenen Spielhallenerlaubnisse i. S. von § 33i GewO Eigentum i.S. von Art. 14 GG sind. Das können sie sowohl als vermögenswerter Bestandteil eines Unternehmens als auch als eigenständige vermögenswerte Rechte sein. Voraussetzung ist jeweils, dass es sich um einen durch eigene Leistung erworbenen Vermögenswert und nicht nur um eine Erwerbchance handelt, dass das Recht in der (ggf. auch anteiligen) alleinigen Verfügungsmacht seines Trägers steht und dass es im Rechtsverkehr als Eigentum anerkannt ist.⁴¹

Offen bleiben kann dagegen die Frage, ob der „eingerrichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb“ als solches nicht nur im Hinblick auf § 823 BGB,⁴² sondern auch durch Art. 14 GG geschützt ist. Das hat auch das BVerfG bisher immer offen gelassen.⁴³

Unabhängig von diesem Begriff steht jedenfalls fest, dass das Unternehmen in der Gesamtheit seiner vermögenswerten Rechte durch Art. 14 GG geschützt ist.⁴⁴

Die gewerbliche Tätigkeit (das „Erwerben“) fällt dabei unter Art. 12 GG, die Substanz des Unternehmens (das „Erworbene“) unter Art. 14 GG. Auf Dauer vergebene Erlaubnisse stellen dabei oft nicht nur den zentralen Vermögenswert des Unternehmens dar. Sie gelten auch ausschließlich für ihren Inhaber, werden im Rechtsverkehr als Eigentum anerkannt, sind also nicht nur wirtschaftliche Chance und Betätigungsfreiheit, sondern auch erworbenes Vermögen.⁴⁵

So wie das Eigentum selbst, ist auch das Vertrauen des Grundrechtinhabers in den Fortbestand und die möglichst uneingeschränkte Nutzung des Eigentums durch Art. 14 GG geschützt. Der rechtstaatliche

41 Ausf. Hufen, Staatsrecht II – Grundrechte, 3. Aufl. 2011, § 38 Rn. 5 ff.

42 „Klassisch“ RGZ 48 114, BGHZ 23, 157, 162.

43 BVerfGE 66, 116, 145 ; BVerfG Kammer, NJW 2005, 589.

44 *Deppenheuer*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 14, Rn. 132, 172.

45 *Gromitsaris*, Die Lehre von der Genehmigung, VerwArch 88 (1997), 52, 73 ff.

Grundsatz des Vertrauensschutzes hat insofern für die vermögenswerten Güter im Eigentumsgrundrecht eine eigene Ausprägung erfahren.⁴⁶

Konkretisiert und bestätigt wird das Eigentum nicht nur durch gesetzliche Inhaltsbestimmungen, sondern auch Verwaltungsentscheidungen, die das Ausmaß berechtigter Nutzung bestätigen, präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt hinsichtlich dieser Nutzung ausräumen und damit selbst in den Schutzbereich von Art. 14 GG fallen. Bestandteil des Schutzbereichs ist gleichfalls die grundsätzlich bestehende Baufreiheit,⁴⁷ die in den Bauerlaubnis der Länder lediglich unter ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt gestellt ist und sich – wenn die bauplanungs- und bauordnungsrechtlichen sowie die sonstigen öffentlichrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind, zu einem gebundenen Anspruch auf Baugenehmigung („...ist zu erteilen“...) verdichtet. Dieser wird durch die Bauerlaubnis auch im Hinblick auf die genehmigte Nutzungsart hoheitlich bestätigt und stellt insofern einen nur unter eingeschränkten Voraussetzungen und gegen Entschädigung wieder zu entziehenden Vermögensvorteil dar.⁴⁸

Das ist neben der Baugenehmigung etwa bei Güterverkehrs- und Taxikonzessionen augenfällig, gilt nach h.L. aber auch für auf Dauer erteilte Betriebsgenehmigungen.⁴⁹

Eine solche Erlaubnis ist also jedenfalls für die durch Verwaltungsakt festgestellte Laufzeit wirksam (§ 43 VwVfG), damit zentraler Bestandteil des Unternehmenswertes und durch eigene Leistung erworben. Wird durch Gesetz nachträglich eine solche Erlaubnis berührt, dann ist die Eigentumsgarantie betroffen.⁵⁰

Schon damit steht fest, dass Inhaber von bestandskräftigen Erlaubnissen nach § 33c GewO (Aufstellen von Geldspielgeräten), § 33d GewO (andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit) und § 33i GewO (Spielhalle) mit diesen Erlaubnissen unter dem Schutz nicht nur von Art. 12 GG, sondern auch von Art. 14 GG stehen. Diese bilden eine im Rechtsverkehr als Eigentum anerkannte und andere Nutzungen ausschließende Ver-

46 BVerfGE 36, 281, 293; BVerfGE 122, 151, 187.

47 BVerfGE 35, 263, 276; BVerfG, Kammer, NVwZ 2001, 424.

48 Allg. *Haack*, Der Eigenwert der Verwaltungsentscheidung, AöR 131 (2008), 43ff.

49 *Wendt*, in: Sachs, GG, Art. 14, Rn. 36; *Schmidt-Preuß*, NJW 2000, 1524 – jeweils sogar für atomrechtliche Betriebsgenehmigungen.

50 *Ossenbühl*, AöR 124, 1999, 1, 7.

mögensposition, es geht um eine privatnützige und persönlich begründete Rechtsinhaberschaft.⁵¹

Sie wirken existenzsichernd und bieten einen eigentumstypischen Spielraum personenbezogener Freiheit. Sie sind also nicht reine Gewinnchance, sondern erworbene Rechtsposition.⁵²

Weder die Verwaltung noch der Gesetzgeber können sie entschädigungslos widerrufen, zeitlich begrenzen oder in ihrem Wert einschränken.

2.2. Eingriff

Steht somit fest, dass erteilte Erlaubnisse und damit auch Erlaubnisse nach §§ 33c ff. GewO erworbenes und geschütztes Eigentum im Sinne von Art. 14 GG sind, dann steht zugleich fest, dass die gezielte Entziehung einer solchen Position ein zumindest tatbestandsmäßigen Eingriff in die Substanz des Eigentums darstellt. Insofern handelt es sich auch nicht nur um eine Nutzungsregelung.⁵³

Dagegen lässt sich nicht einwenden, die Substanz des Eigentums, also Gebäude, Geräte, Ausstattung usw. blieben erhalten und nur die Nutzung wäre betroffen. Die Nutzung selbst ist hier vielmehr durch die Erlaubnis bestätigter Inhalt der Eigentumsgarantie geworden. Die Entziehung einer in der bestandskräftigen Erlaubnis verkörperten Eigentumsposition kann niemals bloße Inhaltsbestimmung oder Ausformung der Sozialbindung sein; sie ist vielmehr immer Enteignung.

Anzumerken ist allerdings, dass das BVerfG in einigen jüngeren Entscheidungen die Entziehung des Eigentums als für die Enteignung nicht ausreichend gesehen, sondern einen Vermögensübergang zugunsten des Staates oder eines im Gemeinwohlinteresse Begünstigten verlangt hat.⁵⁴

Auch diese Entscheidung ist aber nicht als allgemeine Wende in der Rechtsprechung zu sehen, sondern kann nur unter Berücksichtigung des Einzelfalls – im zitierten Fall einer Baulandumlegung – verstanden werden. Schon im Wortlaut von Art. 14 GG kommt zum Ausdruck, dass es auf die Ent-Eignung, also die Entziehung des Eigentums, nicht aber auf

51 BVerfGE 78, 58, 71; 83, 201, 208; *Wendt*, in: *Sachs-GG*, Art. 14, Rn. 14; *ders.*, *Eigentum und Gesetzgebung* (1985), 97 f.

52 BVerfGE 28, 119, 142.

53 Zu dieser grundlegenden Unterscheidung BVerfGE 58, 300 ff. – Nassauskiesung.

54 Oft zitiert BVerfGE 104, 1, 9; 112, 93, 109.

die „An-Eignung“ oder die „Über-Eignung“, also den Übergang der Eigentumsposition in fremdes Vermögen ankommen kann.⁵⁵

Im Übrigen kann es nicht allein auf den unmittelbaren Übergang privaten Vermögens in Staatsvermögen ankommen. So liegt in der Entziehung von Erlaubnissen nach § 33i GewO zumindest dann ein (mittelbarer) Vermögensübergang, wenn der Eingriff dazu dient, bisher privat erwirtschaftete Gewinne staatlichen Monopolen oder staatlich „abgeschöpften“ Gewinnen privater Konzessionäre zuzuführen, um damit öffentliche Vorhaben zu fördern. Exakt dies ist der Fall, wenn die Eindämmung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels zumindest teilweise dem offen eingeräumten Ziel der Wahrung des staatlichen Lotteriemonopols und der mit dessen Hilfe wahrgenommenen karitativen und kulturellen Staatsaufgaben dient.

Es ist daher auch nach der neueren Rechtsprechung des BVerfG zum Enteignungsbegriff daran festzuhalten, dass die nur geringfügig aufgeschobene Entziehung bestehender Erlaubnisse nach § 33i GewO eine entschädigungspflichtige Enteignung i.S. von Art. 14 Abs. 1 und 3 GG ist.

Das gilt auch, wenn die Entziehung durch Gesetz erfolgt (Legalenteignung).⁵⁶

Für die Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO gilt also, dass jede Schließung, Stilllegung oder nachträgliche Aufhebung im umfassenden Sinne ein (entschädigungspflichtiger) Eingriff in die Substanz des Eigentums ist. Zumindest mittelbare Eingriffe sind Maßnahmen, die die Substanz der Erlaubnis betreffen, wie etwa Abstandsgebote und kommunale Obergrenzen, wenn durch sie der erlaubte Betrieb nicht fortgeführt werden kann.⁵⁷

Ebensowenig lässt sich einwenden, eine Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle gehöre von vornherein zu den Genehmigungen, die im Rahmen der Sozialpflichtigkeit des Eigentums nur befristet erteilt werden könnten oder sollten. Zum einen ist zu beachten, dass solche Erlaubnisse in der Vergangenheit eben nicht befristet bzw. widerrufbar erteilt wurden, weil hierfür die gesetzliche Grundlage fehlte. Auch gehören derartige Erlaubnisse zu denjenigen Begünstigungen, die nach sorgfältiger

55 St. Rspr. seit BVerfGE 24, 367, 394; auch BVerfGE 101, 239, 259; *Wieland*, in: Dreier, GG, 2. Aufl., Art. 14, Rn. 77.

56 St. Rspr. seit BVerfGE 24, 367 – Hamburger Deichordnung.

57 *Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Fragen eines Ausstiegs aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie, AöR 124 (1999), 1 ff.; *Attendorn*, Die unmittelbar oder mittelbar zulassungsmodifizierende Wirkung von Rechtsnormen in der neueren Umweltgesetzgebung, NVwZ 2011, 327.

Prüfung und Überwindung des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt schon im Hinblick auf Art. 12 und Art. 14 GG aufgrund der Langfristigkeit des geschäftlichen Engagements ähnlich wie Baugenehmigungen oder Gaststättenerlaubnisse grundsätzlich Bestand haben sollen.

Da hier beim Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung besteht, darf schon nach § 36 VwVfG eine solche Erlaubnis nur mit einer Befristung oder mit einem Widerrufsvorbehalt erteilt werden, wenn dies zuvor durch eine Rechtsvorschrift zugelassen ist oder wenn sichergestellt werden soll, dass die gesetzlichen Voraussetzungen des Verwaltungsakts (VA) erfüllt werden. Im Übrigen ist ein Widerruf unter Wahrung des Vertrauensschutzes nur unter den Voraussetzungen von § 49 VwVfG möglich, d.h. wenn (1) hierfür eine besondere Rechtsgrundlage besteht, (2) der Betroffene eine Auflage nicht erfüllt oder (3) die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den VA nicht zu erlassen und ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde. Dabei dokumentiert schon § 49 Abs. 6 VwVfG, dass es hier um einen vermögenswerten Vorteil geht, der auch auf gesetzlicher Grundlage nur gegen Entschädigung widerrufen werden darf. Dabei liegen die Voraussetzungen eines Widerrufs gemäß § 49 Abs. 2 VwVfG – von möglichen Einzelfällen abgesehen – für Spielhallenerlaubnisse erkennbar nicht vor. Abgesehen von der derzeitigen Diskussion um die Zukunft staatlicher Monopole in den Konkurrenzbereichen von Lotterie und Sportwetten hat sich insbesondere im Hinblick auf das Gefahrenpotenzial aber nichts verändert. Allenfalls wäre es Sache des Gesetzgebers, Befristungsmöglichkeiten für die Zukunft vorzusehen. Nachträglich dürfen solche Nebenbestimmungen und Einschränkungen aber nicht verhängt werden.

Eine Spielhallenerlaubnis kann auch nicht mit der Erlaubnis für einen emittierenden Betrieb oder eine technische Einrichtung gleichgesetzt werden, bei denen sich je nach dem Stand von Wissenschaft und Technik das Gefahrenpotenzial erhöhen kann und deshalb Widerrufs- und Auflagenvorbehalte gesetzlich vorgesehen sind.

Sind die Erlaubnisse nach §§ 33c ff. GewO Bestandteil des Eigentums, dann steht damit zugleich fest, dass die allgemeinen Formeln über die „Rückwirkung“ für die Frage des notwendigen Vertrauensschutzes und die Übergangsfrist nichts hergeben, weil es sich hier nicht um eine „Begünstigung“ im Vergleich zu den sofort Betroffenen, sondern lediglich um den Aufschub der Eigentumsentziehung handelt. Übergangsregelungen sind insofern nicht mehr oder weniger freiwillige Begünstigungen durch den Gesetzgeber; sie sind – zusammen mit notwendigen Entschädigungsregelungen – unabdingbare Bestandteile eines rechtsstaatlichen Widerrufsrechts.

2.3. Rechtfertigung des Eingriffs und notwendige Entschädigungsregelung

Sowohl der 1. GlüÄndStV als auch die oben genannten Regelungen und Regelungsentwürfe der Bundesländer sehen Einschränkungen vor, die bestehende Erlaubnisse betreffen würden. Sie müssen deshalb Übergangsbestimmungen und Entschädigungsregeln enthalten, die auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 14 GG zu überprüfen sind.⁵⁸

Der in der Begrenzung bestehender Erlaubnisse liegende Eingriff wäre nur verfassungskonform, wenn der jeweilige Gesetzgeber zuständig wäre, die Enteignung zur Erreichung eines Gemeinwohlziels geeignet, erforderlich und zumutbar wäre und das Gesetz selbst eine Entschädigungsregelung nach Art. 14 Abs. 3 GG enthielte.

Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung gilt, dass eine Erfassung bestehender Eigentumspositionen nur dann zulässig ist, wenn im Rahmen einer Interessenabwägung die Veränderungsgründe gegenüber den Bestandsinteressen überwiegen. Dies war, wie oben herausgearbeitet wurde, schon im Hinblick auf die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) nicht der Fall. Es ist umso weniger der Fall, wenn es um gefestigte Rechtspositionen im Schutzbereich von Art. 14 GG geht. Diese genießen auch nach der durchaus „veränderungsfreudigen“ Rechtsprechung des BVerfG einen besonderen und qualifizierten, gegenüber dem allgemeinen rechtsstaatlichen Vertrauensschutz spezielleren Bestandsschutz, aus Art. 14 GG. Zumindest sind Übergangsregelungen und Härtefallklauseln geboten.⁵⁹

Überdies müssen Ausgleichsregelungen die Substanz des Eigentums wahren und dem Gleichheitsgebot entsprechen.⁶⁰

Teilergebnis: Die Regelungen im 1. GlüÄndStV und den Landesgesetzen/Entwürfen, die ein Erlöschen der Erlaubnis nach 5 Jahren, keinen Anspruch auf Wiedererteilung unter erfüllbaren Voraussetzungen und keine Entschädigungsregelung enthalten, sind insofern schon wegen Verstoßes gegen Art. 14 Abs. 3 GG verfassungswidrig. Sie sind überdies auch inhaltlich unzumutbar und damit unverhältnismäßig, weil sie nicht durch überragend wichtige Gemeinschaftsgüter geboten sind und dem Vertrauensschutz nicht hinreichend Rechnung tragen.

2.4. Hilfsweise: Unzumutbare Inhaltsbestimmung

Die gefundenen Ergebnisse wären im Übrigen nicht sehr viel anders, wenn man – anders als hier vertreten – im Zugriff auf die Erlaubnisse

58 Allg. dazu Axer, in: Epping/Hillgruber, GG, (2009) Art. 14, Rn. 100 ff.

59 Axer, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 14, Rn. 101.

60 BVerfGE 100, 226, 244.

keine gezielte Enteignung, sondern „nur“ eine Inhaltsbestimmung bzw. eine gesetzliche Ausprägung der Sozialpflicht des Eigentums sähe.

Nach heute unbestrittener Auffassung sind der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Beachtung des Vertrauensschutzes nämlich auch bei belastenden Inhaltsbestimmungen zu beachten. Auch solche Belastungen müssen die Substanz des Eigentums und den Kern der Nutzbarkeit wahren, der Erfüllung eines Gemeinwohlziels dienen und dazu geeignet, erforderlich und zumutbar sein.⁶¹

Auch bei an sich unverhältnismäßigen Inhaltsbestimmungen kann der Nachteil aber durch Entschädigungen auf gesetzlicher Grundlage ausgeglichen werden. Dafür hat sich der Begriff der „ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung“ eingebürgert, oder umgekehrt: Eine besonders belastende Inhaltsbestimmung ist nur dann verhältnismäßig, wenn dem Betroffenen auf gesetzlicher Grundlage eine Entschädigung gewährt wird.⁶²

Ist das nicht der Fall, so wäre eine entsprechende Einzelmaßnahme rechtswidrig und durch das Verwaltungsgericht aufzuheben. Verfassungswidrig wäre aber auch eine abstrakt-generelle Regelung, die mit unmittelbarer Wirkung für alle Gesetzesadressaten eine unzumutbare Inhaltsbeschränkung enthalten und hierfür keine angemessene Entschädigung vorsieht. Verwaltungsakte, die auf der Basis einer solchen Rechtsgrundlage ergingen, wären ihrerseits rechtswidrig.

Im materiellen Sinne handelt es sich bei Entscheidungen über Inhaltsbestimmung und Sozialbindung des Eigentums um die schon beschriebene Abwägungsentscheidung zwischen dem Interesse an der sofortigen Durchsetzung einer Regelung und dem Grundrechtsschutz des Einzelnen, der sich – wie gleichfalls schon bei Art. 12 GG herausgearbeitet – in diesem Fall durchsetzt.⁶³

Auch bei der Einordnung als Inhaltsbestimmung wäre also jede Regelung unverhältnismäßig, die – sei es auch nach einer Übergangsfrist von 5 Jahren – das in der Erlaubnis verbürgte Eigentum in seiner Substanz gänzlich entwertet. Das gilt insbesondere für Eingriffe wie Abstandsflächen, das Verbot von Mehrfachkonzessionen, unzumutbare Sperrzeiten usw.

61 BVerfGE 100, 226 – Nutzungsbeschränkung durch Denkmalschutz; BVerfGE 102, 1 ff. – Sanierungsaufgabe.

62 So bereits BVerfGE 57, 107, 117 – Entschädigungsregelung nach BSeuchG; BVerfGE 58, 137, 150 – Pflichtexemplar.

63 So bereits BVerfGE 25, 112, 118 – 2. Deichentscheidung.

III. Einzelne Regelungen und Regelungsvorschläge

1. Bundesrecht

Keine eigenen Probleme des Vertrauensschutzes und des Übergangsrechts stellt derzeit das einschlägige Bundesrecht, also §§ 33c ff. GewO und die SpielV. Letztere enthielt i.d.F. von 1986 in § 3 Abs. 3 eine gestufte Besitzstandsregelung über 10 Jahre – und dies sogar im Hinblick auf die Anzahl der aufzustellenden Geräte – und ermöglichte noch 2006 den Weiterbetrieb von bereits zugelassenen Geldspielgeräten. Die Änderungen der SpielV setzten damit Maßstäbe für rechtsstaatlich und grundrechtlich angemessene Übergangsregelungen, von denen die vorliegenden Regelungen des 1. GlüÄndStV und die Gesetzentwürfe bzw. Gesetze der Länder Berlin, Bremen und Hessen sich sehr deutlich verabschiedet haben.

2. Vertrauensschutz und Übergangsregelungen im 1. GlüÄndStV

2.1. Verfall bestehender, bis zum 28.10.2011 erteilter Erlaubnisse gem. § 33i GewO nach 5 Jahren (§ 29 Abs. 4 S. 2)

Nach § 29 Abs. 4 S. 2 1. GlüÄndStV sollen „erlaubte“ Spielhallen, für die bis zum 28.10.2011 eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt wurde, unabhängig von ihrer Übereinstimmung mit dem Staatsvertrag weitere 5 Jahre ab dessen Inkrafttreten als erlaubt gelten. Danach sollen sie offenbar den neuen strengen Erlaubnisvorschriften unterworfen werden und dem strengen Verbot der Mehrfachkonzession sowie den Abstandsgebots- bzw. Höchstzahlen unterliegen.

Diese als Übergangsregel zur Wahrung des Vertrauensschutzes gedachte Bestimmung ist – wie oben herausgearbeitet – keineswegs eine „Begünstigung“, sondern ein lediglich um 5 Jahre aufgeschobenes faktisches Berufsverbot und wird damit den Anforderungen des Art. 12 GG in keiner Weise gerecht. So muss niemand, der eine berufsbezogene Erlaubnis erhält, damit rechnen, dass diese bereits nach 5 Jahren wieder verfällt und alle beruflichen sowie vertraglichen Disposition, Miet- und Leasingverträge wertlos werden. Fraglich im Hinblick auf die 5-Jahresfrist ist bereits die Eignung, die – wie dargelegt – praktisch eine nur aufgeschobene drastische Einschränkung der Berufswahl darstellt, als solche aber sachlich nicht begründet ist. So ist selbst bei Unterstellen eines dringlichen Bedarfs der Bekämpfung pathologischen Spielverhaltens nicht erkennbar, warum eine solche Regelung auch bestehende Berufstätigkeiten erfassen soll, und warum dies exakt nach 5 Jahren der

Fall ist, obwohl die wirtschaftlichen Gegebenheiten und Investitionen auf weit längere Laufzeiten ausgerichtet sind.

Die Regelung verstößt also gegen Art. 12 GG.

Dasselbe gilt aus der Sicht des Art. 14 GG. Eine Übergangsfrist von lediglich 5 Jahren zur Sicherung des Eigentums an bestehenden Erlaubnissen reicht in keiner Weise aus. Der Sache nach handelt es sich um eine lediglich um 5 Jahre aufgeschobene unbegründete und unverhältnismäßige Legalenteignung, die zudem gegen die Vorschrift des Art. 14 Abs. 3 GG verstößt, weil keine Entschädigung vorgesehen ist.

Auch inhaltlich entspricht die Regelung nicht den Voraussetzungen des Art. 14 GG. Wie andere ortsbezogene Erlaubnisse, die hohe Investitionen erfordern, dienen Erlaubnisnormen wie § 33i GewO und das entsprechende Verwaltungsverfahren der beiderseitigen Sicherheit. Erfüllt der Erlaubnisinhaber bestimmte Voraussetzungen, dann kann er sich auf die Dauer der wirksamen (§ 43 VwVfG) Erlaubnis (§ 43 VwVfG) verlassen und nachträgliche Einschränkungen sind nur unter strengen Voraussetzungen (§§ 48, 49 VwVfG) – etwa zur Abwehr konkreter Gefahren für die öffentliche Sicherheit – möglich. Von solchen kann aber selbst dann keine Rede sein, wenn die Bekämpfung pathologischen Spielverhaltens als öffentlicher Belang anerkannt wird. Während überdies der Eingriff in eine bestehende Eigentumsposition auch nach einer Bestandsgarantie von 5 Jahren schwerwiegend ist, würde das Gemeinwohl kaum beeinträchtigt, wenn die – immerhin unter den strengen Voraussetzungen des § 33i GewO – genehmigten Spielhallen bestehen blieben. Die Regelung wäre also auch inhaltlich – weil unzumutbar – unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.

Würde vor dem Stichtag für die betroffene Spielhalle bereits eine Baugenehmigung erteilt, so nimmt diese – wie oben (S. 32) dargelegt – unabhängig von sonstigen Erlaubnissen als hoheitlich bestätigte Substanz des Eigentums an dessen verfassungsrechtlichem Schutz teil. Wird auf dem Umweg über die glücksspielrechtliche Erlaubnis eine baurechtlich erlaubte Nutzung des Eigentums wieder beseitigt, so stellt auch dies einen entschädigungspflichtigen Eingriff in das Grundrecht des Art. 14 GG dar. Das lässt sich auch nicht durch eine 5-jährige oder gar nur einjährige Übergangsfrist verhindern, denn die Baugenehmigung ist auf Dauer angelegt und nur in Ausnahmefällen befristet zu erteilen.

Dies gilt selbst dann, wenn man die Beschränkungen lediglich als Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG verstehen würde. Auch in diesem Fall müsste die Inhaltsbestimmung verhältnismäßig und eine Entschädigung vorgesehen sein. Beides ist erkennbar nicht der Fall.

Teilergebnis: Die vorgesehene Unwirksamkeit von Erlaubnissen gemäß § 33i GewO nach 5 Jahren (§ 29 Abs. 4 S. 2 1. GlüÄndStV) würde sowohl gegen Art. 12 GG als auch gegen Art. 14 GG verstoßen und wäre verfassungswidrig.

2.2. Zeitlich auf ein Jahr begrenzte Fiktion der Vereinbarkeit mit §§ 24, 25 für Spielhallen für die nach dem 28.10.2011 eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt wurde (§ 29 Abs. 4 S. 3)

Nach § 29 Abs. 4 S. 3 1. GlüÄndStV sollen Spielhallen, für die nach dem 28.10.2011 eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt wurde, für ein Jahr nach Inkrafttreten des 1. GlüÄndStV als mit §§ 24, 25 vereinbar gelten. Diese auf den ersten Blick dem Vertrauensschutz dienende Bestimmung bedeutet aber im Klartext nichts anderes, als dass solche Erlaubnisse nach nur einem Jahr ihre Wirksamkeit verlieren. Damit stellt sich verstärkt die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 12 GG.

Geht man davon aus, dass bereits die in § 25 Abs. 1 und 2 1. GlüÄndStV enthaltenen Mindestabstandsregeln für Spielhallen (Verbot von Mehrfachkonzessionen) und von im baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen stehenden Spielhallen selbst verfassungswidrig sind, dann kann auch eine Norm, die im Ergebnis eine bestehende Erlaubnis bei Abweichung von diesen Normen für unwirksam erklärt, nicht verfassungsgemäß sein.

Überdies wird diese als Übergangsregel gedachte Bestimmung auch als solche den Anforderungen der Art. 12 und 14 GG nicht gerecht. Ortsbezogene Sperren und vom Erlaubnisnehmer nicht beeinflussbare Verbote sind – wie dargelegt – objektive Berufszulassungsregeln, die – ganz abgesehen vom notwendigen Vorliegen überragend wichtiger Gemeinschaftsgütern – nur zumutbar sind, wenn der Betroffene sich rechtzeitig auf eine neue Regelung einstellen konnte. Das gilt vor allem, wenn er zu Zeiten Dispositionen getroffen hat, in denen die Regelung noch nicht galt.⁶⁴

Im Moment des Inkrafttretens sind aber solche Dispositionen schon getroffen worden und der Betroffene verfügt über eine Erlaubnis, die unter den strengen Voraussetzungen des geltenden § 33i GewO erteilt wurde. Er hat in der Regel im Vertrauen auf diese Erlaubnis erhebliche finanzielle Dispositionen getroffen und ist rechtliche Bindungen eingegangen. Sein Vertrauen ist insofern geschützt und die offenbar als „Ende des schutzwürdigen Vertrauens“ gedachte Einigung der Ministerpräsidenten vom 28.10.2011 ist in keiner Weise geeignet, die Grundlagen dieses Vertrauens zu beseitigen.

64 BVerfG, NJW 2010, 3629; BVerfG, NVwZ 2009, 1025.

Abgesehen von der inhaltlichen Verfassungswidrigkeit könnte das Vertrauen in die bestehende Regelung selbst nach der Rechtsprechung des BVerfG erst im Moment des abweichenden Parlamentsbeschlusses,⁶⁵ nicht bereits im Moment einer der breiten Öffentlichkeit kaum zugänglichen Vereinbarung der Ministerpräsidenten zurücktreten. Hinzukommt, dass § 25 Abs. 2 1. GlüÄndStV räumliche Begrenzungen enthält, die mit den bisher geltenden Voraussetzungen des § 33i GewO in keiner Weise kompatibel sind und auch in dieser Weise nicht zu erwarten war.

Wie oben dargelegt, sind bestandskräftige Erlaubnisse nach § 33i GewO nicht nur berufliche Entfaltungschancen, sondern – unabhängig von ihrer Dauer – durch eigene Leistung erworbenes, geldwertes und als solches im Rechtsverkehr anerkanntes Vermögen und geschütztes Eigentum i.S. von Art. 14 GG. Eine Entziehung oder substantielle Beschränkung durch Gesetz ist als Legalenteignung nur möglich, wenn das Gesetz nach Art. 14 Abs. 3 GG eine Entschädigungsregelung enthält. Da diese fehlt, verstößt § 29 Abs. 4 S. 3 1. GlüÄndStV schon aus diesem Grunde gegen Art. 14 GG.

Für die Verhältnismäßigkeit reicht es im Übrigen nicht aus, wenn die Bezugsnormen der §§ 24, 25 selbst verhältnismäßig sind (was nach dem zuvor Gesagten nicht der Fall ist), sondern die wichtigen Gemeinwohlgründe müssen gerade den Zugriff auf eine bestehende Eigentumsposition geeignet, erforderlich und zumutbar erscheinen lassen.

Das ist erkennbar nicht der Fall. Der Eingriff in eine bestehende Eigentumsposition ist schwerwiegend, weil er nicht nur eine bestehende Rechtsposition entwertet, sondern auch Investitionen an beweglichem und unbeweglichem Vermögen weit vor deren wirtschaftlicher Amortisation wertlos macht und zur Schadensersatzforderungen begründenden Kündigung bestehender Mietverträge oder Arbeitsverträge zwingt. Dagegen würde das Gemeinwohl kaum beeinträchtigt, wenn wenige neue Spielhallen in unmittelbarer räumlicher Nähe zu noch älteren Spielhallen bestehen blieben.

Die Übergangsregel wäre also auch inhaltlich verfassungswidrig.

Teilergebnis: Die vorgesehene nur um ein Jahr aufgeschobene Unwirksamkeit von Erlaubnissen nach § 33i GewO, die nach dem 28.10.2011 erteilt wurden und den Beschränkungen der §§ 24, 25 1. GlüÄndStV nicht entsprechen (§ 29 Abs. 4 S. 3), verstößt sowohl gegen Art. 12 GG als auch gegen Art. 14 GG und wäre verfassungswidrig. Hinzukommt, dass eine Baugenehmigung den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz bereits konkretisiert und damit ein zusätzlicher verfassungswidriger Eigentumseingriff vorliegt, wenn vor dem Stichtag eine

65 St. Rspr. seit BVerfGE 13, 261, 271; zuletzt BVerfGE 97, 378, 389.

Baugenehmigung für das Vorhaben erteilt wurde, aber noch keine gewerberechtliche Erlaubnis gem. § 33i GewO existiert.

2.3. Härtefallregelung als Ermessensnorm (§ 29 Abs. 4 S. 4 und 5)

Wie oben dargelegt, sind Härtefallregelungen nicht Konzession des Gesetzgebers, sondern unerlässliche Voraussetzungen der Verfassungsmäßigkeit von in Art. 12 und/oder Art. 14 GG eingreifenden Regelungen. Das gilt grundsätzlich auch für die in § 29 Abs. 4 Satz 4 und 5 des 1. GlüÄndStV enthaltenen „Befreiungsregelungen“. Diese sind bei weitem zu unbestimmt, um insbesondere den „eindämmungswilligen“ Landesgesetzgebern und Landesbehörden zuverlässige Grenzen zu setzen. Liegen wirklich „unbillige Härten“ vor, dann folgt schon daraus ein verfassungsrechtlich begründeter Bestandsschutz, der es ausschließt, der hier angesprochenen Landesverwaltung noch einen Ermessensspielraum einzuräumen. Diese Regelung beseitigt also nicht etwa die Verfassungswidrigkeit der Grundrechtseingriffe.

3. Länderebene

3.1. Berlin

Im bereits am 1. Juni 2011 verkündeten SpielhG Bln (GVBl. vom 01.06.2011, S. 233ff.) ist die unzureichende Bestandsschutzregelung für erteilte Erlaubnisse nach § 33i GewO auf 5 Jahre lediglich datumsmäßig ausformuliert (§ 8 Abs. 1 SpielhG Bln) und unterliegt damit denselben verfassungsrechtlichen Bedenken wie die entsprechende Regelung des 1. GlüÄndStV.

Verhältnismäßig dürfte dagegen das Erbringen des notwendigen Sachkundenachweises nach § 6 Abs. 3 innerhalb von 12 Monaten (§ 8 Abs. 2 SpielhG Bln) sein. Hier handelt es sich um eine zusätzliche subjektive Zulassungsvoraussetzung, deren Erfüllung auch in einem vergleichsweise kurzen Zeitraum nicht unzumutbar ist.

Ein besonderes Problem der (fehlenden) Übergangsregelung stellt sich aber im Hinblick auf § 5 Abs. 1, der in Anpassung an das Automatenpiel in Spielbanken eine Sperrzeit von 03:00 bis 11:00 Uhr vorsieht.

Diese Regelung ist unverhältnismäßig, denn es ist nicht erkennbar, warum gerade eine Sperrzeit bis in den späten Vormittag hinein das Ziel der Bekämpfung pathologischen Spielverhaltens fördern soll. Dies gilt umso mehr, als in Spielbanken das klassische „große“ Spiel bis 06:00 Uhr geöffnet ist.

Zudem offenbart die Berufung auf die entsprechenden Zeiten der Spielbanken einen deutlichen Verstoß gegen den allgemeinen Gleich-

heitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), weil hier gänzlich ungleiche Tatbestände gleich behandelt werden. Die Spielbanken orientieren sich schon immer auf die Abend- und frühen Nachtstunden, während die Spielhallen in den kommerziellen Zentren der Städte angesiedelt sind und auch in den Tagstunden, vor allem den allgemeinen Ladenöffnungszeiten, geöffnet sein müssen.

Hinzu kommt, dass bei einer sofortigen Geltung der Sperrzeiten bestandskräftige Erlaubnisse in ihrer Substanz um praktisch ein Drittel der Öffnungszeit entwertet würden. Auch hier gilt, dass die Erlaubnisinhaber auf das Bestehen der Erlaubnis vertrauen konnten und sich mit ihren Investitionen, Mietverträgen und Personalplanung auf die bestehenden Öffnungszeiten eingerichtet haben. Die Regelung zwingt nicht nur dazu, eingesetzte Räumlichkeiten und Geräte für einen großen Teil des Tages nicht zu nutzen; sie bedeutet in der Praxis auch, dass die im „Dreischicht-Betrieb“ geöffneten Spielhallen eine volle Arbeitsschicht streichen müssten. Das hätte erhebliche arbeitsrechtliche Konsequenzen, denn einem Drittel der Mitarbeiter müsste aus betrieblichen Gründen gekündigt werden, Abfindungen wären fällig, rechtliche Auseinandersetzungen zu erwarten.

Deshalb enthält auch diese Regelung eine unzumutbare Härte und ist in der derzeitigen Form verfassungswidrig.⁶⁶

Bedenklich ist auch, dass nach § 8 Abs. 3 bei einer für 5 weitere Jahre bestehenden Erlaubnis die Zahl der Geräte innerhalb von 24 Kalendermonaten auf tatsächlich nur ein Geld- oder Warenspielgerät je 12 qm (Einzelaufstellung), die Gesamtzahl von 12 auf 8 Geräte zurückgeführt werden muss (§ 4 Abs. 2 SpielhG Bln). Auch insofern fehlt es an der Regelungskompetenz des Landes, weil es hier nicht nur um örtliche Aspekte einer Spielhalle, sondern um die Zahl und die Anordnung der Geräte insgesamt geht. Diese ist inhaltlich untrennbar mit dem Aufstellungsort (Spielhalle oder Gaststätte) verbunden, kann also nur zum geringeren Teil unter dem Kompetenztitel „Recht der Spielhallen“ betrachtet werden. Vielmehr geht es auch weiterhin um eine durch den Bund abschließend geregelte Materie. Inhaltlich stellt die Regelung hinsichtlich der fortgeltenden Erlaubnis eine Enteignung und hinsichtlich der wertlos werdenden Geräte eine unverhältnismäßige Sozialbin-

⁶⁶ Diesen Bedenken ist allerdings der Hessische VGH in seinem Beschluss vom 20.09.2011 (Az. 8 B 1762/11.N) nicht gefolgt und hat den Gemeinden die Befugnis zugesprochen, Sperrzeiten im Vorgriff auf den 1. GlüÄndStV und das Hessische Spielhallengesetz festzulegen. Die Begründung geht dabei über den üblichen und undifferenzierten Hinweis auf die Bekämpfung der „Spielsucht“ nicht hinaus.

dung des Eigentums dar, deren Eignung zudem in keiner Weise erwiesen ist. Ist der Betrieb mit der neuen Höchstzahl nicht mehr wirtschaftlich zu führen, dann ist auch das Eigentum am Unternehmen als Ganzes betroffen.

3.2. Bremen

Im gleichfalls bereits in Kraft getretenen Bremischen Spielhallegesetz (BremSpielhG, GBl. vom 19.05.2011, S. 327) ist allein die auf Dauer geltende Befreiung für rechtmäßig betriebene Gewerbe nach § 33i GewO vom Abstandsgebot von 250 m Luftlinie (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 2 Nr. 1 BremSpielhG) uneingeschränkt verfassungskonform. Nicht ausreichend ist dagegen der Aufschub des Verbots der Mehrfachkonzessionen (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 i.V. m. § 2 Nr. 2 BremSpielhG) auf 5 Jahre.

Die übrigen Vorschriften (Sozialkonzept, Personalschulungen, Spielesperre und Werbeeinschränkungen) gelten ab sofort. Ihre Würdigung bleibt dem Hauptgutachten vorbehalten.

3.3. Hessen

a) Entwurf des Innenministeriums

Auch hier gilt, dass der Bestandschutz für rechtmäßig betriebene Gewerbe für nur 5 Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes (§ 15 Abs. 1 des Entwurfs) nicht ausreicht. Inhaltlich handelt es sich hier um eine lediglich um 5 Jahre hinausgeschobene unbegründete und entschädigungslose Legalenteignung. Insofern kann auf die Ausführung zum 1. GlüÄndStV verwiesen werden.

Eine entschädigungslose und damit verfassungswidrige Enteignung stellt auch der Wegfall des Bestandsschutzes bei Inhaberwechsel (§ 15 Abs. 1 S. 3) dar. Stilblütenverdächtig ist § 15 Abs. 2 S. 1, der klarstellt, dass die Vorschriften dieses Gesetzes bei dessen Anwendung anzuwenden sind. Schon aus der Sicht des allgemeinen Verwaltungsrechts missglückt und verfassungswidrig ist erst Recht § 15 Abs. 2 S. 2, der bestimmt, dass Erlaubnisse nach § 33i GewO, die nach Inkrafttreten erteilt worden sind und den Beschränkungen und Anforderungen des § 3 nicht entsprechen, ein Jahr nach Inkrafttreten dieses Gesetzes unwirksam werden. Die Vorschrift ist zum einen ein Beleg für die Widersprüchlichkeit zwischen Bundes- und Landesrecht, die durch die Nichteinhaltung der bundesstaatlichen Kompetenzordnung entsteht. Selbst wenn man davon ausgeht, dass § 15 und § 3 des Entwurfs durch Landeskompetenz gedeckt sind (was nicht der Fall ist), dann wäre eine im Widerspruch zu § 3 erteilte Erlaubnis jedenfalls nicht nichtig, sondern nur rechtswidrig, aber nach § 43 VwVfG gleichwohl wirksam, bis sie durch ein Gericht

oder die Verwaltungsbehörde aufgehoben würde. Widerrufen werden könnte sie nur unter den Voraussetzungen von § 49 VwVfG. Bei einem gutgläubigen Erlaubnisnehmer wäre auch hier der Vermögensnachteil auszugleichen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf den Bestand des Verwaltungsakts vertraut hat. Ein entschädigungsloser „Verfall“ der Erlaubnis nach einem Jahr wäre verfassungswidrig und kann somit auch durch das Gesetz nicht angeordnet werden.

b) Entwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

Nach dem Entwurf für ein Spielhallengesetz Hessen der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (Drs. 18/3965 vom 13.04.2011) besteht nach § 14 Abs. 1 für Inhaber von Spielhallenerlaubnissen nach § 33i GewO ein Bestandschutz für lediglich 5 Jahre.

Diese Regelung wäre als Verstoß gegen Art. 12 GG und Art. 14 GG verfassungswidrig, weil der Bestandschutz für rechtmäßig betriebene Gewerbe für nur 5 Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes nicht ausreicht. Inhaltlich handelt es sich auch hier um eine lediglich um 5 Jahre hinausgeschobene unbegründete und entschädigungslose Legalenteignung. Insofern kann auf die Ausführungen zum 1. GlüÄndStV verwiesen werden.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Zu den zahlreichen verfassungsrechtlichen Problemen der geplanten Maßnahmen zur Eindämmung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels gehören auch und gerade Fragen des Vertrauensschutzes und der notwendigen Übergangsfristen.
2. Einschlägige Prüfungsmaßstäbe für die geplanten Regelungen sind auch insofern die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und das Grundrecht auf Eigentum (Art. 14 GG). Einbezogen ist der rechtsstaatliche Vertrauensschutz, der in der neueren Rechtsprechung nicht mehr gesondert Art. 20 GG zugeordnet, sondern in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einbezogen wird.
3. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit umfasst – vorbehaltlich der einschlägigen Regelungen der Gewerbe- und der Spielverordnung – grundsätzlich das Recht, Geld-Gewinnspielgeräte zu jeder Zeit, an jedem Ort, in jeder Anzahl gewerblich herzustellen, zu vertreiben, aufzustellen und benutzen zu lassen. Einschränkungen dieses Rechts sind begründungsbedürftige Eingriffe in die Berufsfreiheit.
4. Maßnahmen, die der gezielten Eindämmung eines Berufes dienen und gerade in ihrer Kumulation zur Existenzgefährdung der Grund-

rechtsinhaber führen, können nicht isoliert und als gewöhnliche Berufsausübungsregeln oder subjektive Berufszulassungsregeln betrachtet werden. Ihrer Zielsetzung und ihrem Gewicht für die Adressaten nach handelt es sich vielmehr um objektive Berufszulassungsschranken, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) nur zum Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig sind. Das gilt auch für Standortbeschränkungen, Abstandsgebote, Verbote von Mehrfachkonzessionen und Höchstzahlen von Geräten.

5. Übergangsregelungen, die es bereits im Beruf befindlichen Grundrechtsinhabern ermöglichen, den Beruf weiter auszuüben, stellen nur dann einen Ausgleich dieses besonders schweren Eingriffs dar, wenn sie für die erfasste Gruppe unbefristet sind. Enthält ein Gesetz eine Übergangsfrist, nach deren Ablauf die belastende Berufsregelung ganz oder teilweise gilt, dann handelt es sich nicht um eine Begünstigung, sondern lediglich um einen Aufschub eines schwerwiegenden Eingriffs in die Berufswahlfreiheit. Eine Übergangsfrist schiebt den Grundrechtseingriff nur auf, hebt ihn aber nicht auf.
6. Im Hinblick auf den notwendigen Vertrauensschutz sind die gängigen Formeln von „echter“ und „unechter“ Rückwirkung, Begünstigung und Belastung, schützenswertem Freiheitsgebrauch und weniger schützenswerten Erwartungen und Chancen, Berufsausübungsregelungen und Berufswahl wenig hilfreich; sie überdecken vielmehr den schwerwiegenden Eingriff in die bestehende Berufstätigkeit. Notwendig ist die konkrete Zuordnung privater und öffentlicher Belange und Rechte nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz.
7. Grundsätzlich muss die Berufstätigkeit von bereits aktiven Grundrechtsinhabern auf Dauer gesichert bleiben. Für die Berechnung einer Übergangsfrist können die Amortisierung der eingesetzten Investitionen, die Abschreibung von Gebäuden, Geräten und Einrichtungen sowie die Dauer der Mietverträge und der Beschäftigungsverhältnisse Anhaltspunkte bieten.
8. Die in der Öffentlichkeit angeführten Gründe für die Eindämmung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels fordern kein sofortiges oder allenfalls um 5 Jahre aufgeschobenes Inkrafttreten von praktisch berufsbeendenden Maßnahmen. Im Vergleich dazu sind die Folgen der Eingriffe aus der Sicht der Betroffenen wesentlich schwerer wiegend.
9. Unabhängig von der Anerkennung eines „eingerrichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs“ steht fest, dass das Unternehmen in der Gesamtheit seiner vermögenswerten Rechte durch Art. 14 GG geschützt ist.

10. Bestandskräftige Erlaubnisse nach §§ 33c – i GewO sind wirksame Verwaltungsakte, die nur unter den Voraussetzungen von § 49 VwVfG gegen Entschädigung widerrufen werden können. Als durch eigene Leistung erworbenes, geldwertes und als solches im Rechtsverkehr anerkanntes Vermögen sind sie nicht nur wirtschaftliche Chance, sondern geschütztes Eigentum i.S. von Art. 14 GG. Dasselbe gilt für bestandskräftige Baugenehmigungen, die im Hinblick auf Bau oder Nutzung von Spielhallen erteilt wurden.
11. Eine gesetzliche Entziehung und Befristung der Erlaubnisse nach § 33c ff. GewO stellt aus verfassungsrechtlicher Sicht eine tatbestandsmäßige Enteignung dar. Es handelt sich hier nicht nur um eine Nutzungsregelung, sondern um einen Eingriff in die Substanz des Eigentums, dessen eigentliches Ziel die Vermögensverschiebung zugunsten staatlicher Monopole und staatlich geförderter und „abgeschöpfter“ Konzessionäre ist. Eine Entziehung oder substantielle Beschränkung durch Gesetz ist als Legalenteignung nur möglich, wenn das Gesetz selbst verfassungsgemäß, zur Verwirklichung eines wichtigen Gemeinwohlziels geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Außerdem muss das Gesetz nach Art. 14 Abs. 3 GG eine Entschädigungsregelung enthalten.
12. Ein pauschales Erlöschen eigentumsgeschützter Erlaubnisse nach nur 5 Jahren wäre offensichtlich unverhältnismäßig. Entsprechende Regelungen wären auch schon wegen Verstoßes gegen Art. 14 Abs. 3 GG nichtig, weil notwendige Entschädigungs- sowie hinreichend bestimmte Härtefallregelungen fehlen.
13. Selbst dann, wenn die ergriffenen Maßnahmen nicht als Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG einzuordnen wären, stellten sie unverhältnismäßige gesetzliche Ausprägungen der Sozialpflicht des Eigentums dar („ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmungen“). Als solche wären sie nur verhältnismäßig, wenn den Betroffenen eine angemessene Entschädigung garantiert wird.
14. Die im Entwurf zum 1. GlüÄndStV vorgesehene Unwirksamkeit von vor dem 28.10.2011 erteilten Erlaubnissen gem. § 33i GewO nach 5 Jahren (§ 29 Abs. 4 S. 2 1. GlüÄndStV) verstößt sowohl gegen Art. 12 GG als auch gegen Art. 14 GG und wäre verfassungswidrig.
15. Die vorgesehene Unwirksamkeit von nach dem 28.10.2011 erteilten Erlaubnissen gemäß § 33i GewO nach einem Jahr (§ 29 Abs. 4 S. 3 1. GlüÄndStV) verstößt ebenfalls sowohl gegen Art. 12 GG als auch gegen Art. 14 GG und wäre verfassungswidrig. Hinzu kommt, dass eine Baugenehmigung den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz bereits konkretisiert und damit ein zusätzlicher verfassungswidriger

Eigentumseingriff vorliegt, wenn vor dem Stichtag eine Baugenehmigung für das Vorhaben erteilt wurde, aber noch keine gewerberechtliche Erlaubnis gem. § 33i GewO existiert.

16. Die als Ermessensnorm ausgestaltete Härtefallregelung des § 29 Abs. 4 S. 4 und 5 1. GlüÄndStV ist bei weitem zu unbestimmt, um den „eindämmungswilligen“ Landesgesetzgebern und Landesbehörden zuverlässige Grenzen zu setzen. Liegen wirklich „unbillige Härten“ vor, dann folgt schon daraus ein verfassungsrechtlich begründeter Bestandsschutz, der es ausschließt, der hier angesprochenen Landesverwaltung noch einen Ermessenspielraum einzuräumen.
17. Entsprechendes gilt für die inhaltsgleichen oder ähnlichen Regelungen und Regelungsvorschläge der Bundesländer.
18. § 5 Abs. 1 Spielhallengesetz Berlin (SpielhG Bln), der in Anpassung an das Automatenspiel in Spielbanken eine Sperrzeit für Spielhallen von 03:00 bis 11:00 Uhr vorsieht, verstößt gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG), weil sie mit Spielbanken und Spielhallen zwei völlig unterschiedliche Gegenstände gleich behandelt. Dies gilt umso mehr, als in Spielbanken das klassische „große“ Spiel bis 06:00 Uhr geöffnet ist. Für bereits bestehende Spielhallen ist die Regelung vor allem deshalb unzumutbar, weil bei einer sofortigen Geltung der Sperrzeitenregelung bestandskräftige Erlaubnisse in ihrer Substanz um praktisch ein Drittel entwertet werden. Ein Drittel des Personals müsste – mit entsprechenden arbeitsrechtlichen Konsequenzen – entlassen werden.
19. § 8 Abs. 3 SpielhG Bln, nach dem auch bei einer für 5 weitere Jahre bestehenden Erlaubnis die Zahl der Geräte innerhalb von 24 Kalendermonaten auf tatsächlich nur ein Geld- oder Warenspielgerät je 12 qm (Einzelaufstellung), die Gesamtzahl von 12 auf 8 Geräte zurückgeführt werden muss (§ 4 Abs. 2 SpielhG Bln), überschreitet die Gesetzgebungskompetenz des Landes und ist auch inhaltlich als unverhältnismäßige Sozialbindung des Eigentums verfassungswidrig. Ist der Betrieb mit der neuen Höchstzahl nicht mehr wirtschaftlich zu führen, dann ist auch das Eigentum am Unternehmen als Ganzes betroffen.