

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

Professor Georg-Berndt Oschatz
Düsseldorf, im Januar 2012

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

D Bestandsschutz im Rechtsstaat

Zur Verfassungsmäßigkeit der Übergangsregelungen im neuen Spielhallenrecht der Länder¹

Prof. Dr. Dr.h.c. Hans-Peter Schneider²

Übersicht:

- I. Vorbemerkung
- II. Zusammenfassende Thesen
- III. Rechtsgrundlagen
 1. Berlin (Spielhallengesetz Berlin vom 20. Mai 2011)
 2. Bremen (Bremisches Spielhallengesetz vom 17. Mai 2011)
 3. Hessen (Entwurf Innenministerium vom 17. Mai 2011)
 4. Hessen (Entwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 13. April 2011)
 5. Erster GlüÄndStV (Stand: 7. Dezember 2011)
- IV. Sachstand
 1. Spielhallenerlaubnis
 2. Raumnutzung und Raumgestaltung
 - a) Mietzeiten
 - b) Mietzahlungen
 - c) Rückbauverpflichtungen
 3. Abschreibungen
 - a) Anlagevermögen
 - b) Spielgeräte
 - c) Restbuchwerte
 4. Rentabilität
 - a) Verzinsung
 - b) Entgangener Gewinn
 5. Personalkosten
- V. Verfassungsrechtliche Maßstäbe des Bestandsschutzes
 1. Verfassungsrechtliche Vorfrage: Abgrenzung grundrechtlicher Normbereiche (insbes. von Art. 14 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG)
 2. Bestandsschutz im Normbereich der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG)

¹ Rechtsgutachten erstattet im Auftrag der Deutschen Automatenwirtschaft.

² Direktor, Deutsches Institut für Föderalismusforschung e.V. (DIF), Hannover, Regierungspräsident a.D.

3. Bestandsschutz im Normbereich der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)
 4. Bestandsschutz im Normbereich des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG)
 5. Bestandsschutz im Normbereich des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG)
 6. Bestandsschutz im Normbereich des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG)
- VI. Anwendung auf die Übergangsregelungen
1. Übergangsregelungen als Instrumente des Bestands- und Vertrauensschutzes
 - a) Eigenart und Funktion
 - b) Instrumente und Techniken
 - c) Schranken
 2. Übergangsregelungen im neuen Spielhallenrecht der Länder
 - a) Bestehende Spielhallenerlaubnisse
 - b) Verbot von Mehrfachkonzessionen
 - c) Abstandsgebote
 - d) Härtefallklauseln
 - e) Geräteanzahl
 - f) Sperrzeiten
 - g) Sonstige Übergangsregelungen
- VII. Ausgleichsansprüche

I. Vorbemerkung

Mit dem 52. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, das am 1. September 2006 in Kraft trat (BGBl. I S. 2034), ist im Zuge der sog. Föderalismusreform I das „Recht der Spielhallen“ (vormals als Teil des Rechts der Wirtschaft in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG normiert) in die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit der Länder überführt worden. Obwohl die Reichweite dieser neuen Landeskompetenz im Einzelnen streitig ist³, besteht darüber Einigkeit, dass jedenfalls der Regelungsgehalt des

3 Vgl. dazu *Hans-Peter Schneider*, Das Recht der „Spielhallen“ nach der Föderalismusreform. Zur Auslegung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und zur Vereinbarkeit darauf gestützter Beschränkungen des gewerblichen Spielbetriebs mit Art. 12 Abs. 1 GG, Baden-Baden 2009; *Winfried Kluth*, Die Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen nach der Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG; a.A. *Johannes Dietlein*, Die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder für das Spielhallenwesen. Kompetenzielle und materielle Fragen des neuen Art. 74 I Nr. 11 GG, in: *Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht (ZfWG)* 2008, Teil I: S. 12 – 19; Teil II: S. 77 – 83.

§ 33i GewO nunmehr den Ländern zur eigenen Gestaltung offensteht. Demgemäß haben einige Länder bereits neue „Spielhallengesetze“ erlassen (Berlin und Bremen); andere bereiten sie vor (z.B. Hessen). Gleichzeitig haben sich die Länder auf eine Änderung des Glücksspielstaatsvertrags verständigt, in den ebenfalls Regelungen über Spielhallen aufgenommen werden. Bereits jetzt ist erkennbar, dass die schon in Kraft getretenen oder geplanten Neuregelungen zu tiefgreifenden Änderungen und Restriktionen des bisher durch § 33i GewO und die Spielverordnung (SpielV)⁴ geregelten Spielhallenbetriebs führen werden. Das gewerbliche Geld-Gewinnspiel soll mit der Begründung, das pathologische Spielverhalten wirksamer bekämpfen zu wollen, und mit dem Hinweis auf ein angebliches „Regelungsgefälle“ zwischen Spielbanken und Spielhallen zu Lasten der ersteren⁵ nicht nur massiven Einschränkungen unterworfen, sondern seine Zulassung auch von verschärften Erlaubnisvoraussetzungen abhängig gemacht werden, unter denen die meisten der derzeit existierenden Spielhallen gar nicht mehr genehmigungsfähig wären.

Dieser Umstand wirft die Frage nach dem Bestandsschutz bereits erteilter Spielhallenerlaubnisse und der durch sie zugelassenen Einrichtungen auf. Für solche Fälle sehen alle Neuregelungen der Länder „Übergangsregelungen“ vor, die gewährleisten sollen, dass durch die Reform des Spielhallenrechts nicht rechtswidrig in wohl erworbene Rechte der Hersteller und Aufstellunternehmer von Geldspielgeräten sowie der Inhaber von Spielhallen oder Gaststätten eingegriffen wird. Denn die gravierenden Änderungen des Spielhallenrechts könnten sich im Hinblick auf bestehende Erlaubnisse als enteignender Eingriff in Eigentumsrechte (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) erweisen, die Berufsfreiheit der Spielhallenbetreiber verletzen (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) oder gegen das im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Gebot des Dispositions- und Vertrauensschutzes (Art. 20 Abs. 1 und 3, 28 Abs. 1 GG) verstoßen. Daher hat mich die Deutsche Automatenwirtschaft beauftragt, die Übergangsregelungen in den Spielhallengesetzen von Berlin und Bremen sowie in den Entwürfen der Hessischen Landesregierung und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Hessischen Landtag und schließlich im Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags (Erster

4 Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit – SpielV – i.d.F. der Bekanntmachung vom 11.12.1985 (BGBl. I S. 2245), zuletzt geändert durch Verordnung vom 17.12.2005 (BGBl. I S. 3495), die zur Bekanntmachung vom 27.01.2006 (BGBl. I S. 280) geführt hat.

5 Näheres bei *Jutta Kramer*, Spielbanken gegen Spielhallen. Zum sog. Regelungsgefälle zwischen staatlich konzessioniertem Glücksspiel und gewerblichem Geldgewinnspiel, in: WRP 2011, S.180 – 188.

GlüÄndStV – Stand: 7. Dezember 2011) auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu untersuchen und für den Fall ihrer Unvereinbarkeit mit den genannten Normen des Grundgesetzes Ausgleichsansprüche zu prüfen. Dieses Rechtsgutachten wird hiermit vorgelegt. Es beschränkt sich auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit jener Übergangsregelungen und nimmt nicht zu dem Problem Stellung, ob die Neuregelungen des Spielhallenrechts in den Gesetzen oder Gesetzentwürfen einiger Länder in ihrer Gesamtheit und in ihrem Zusammenwirken für das Spielhallengewerbe als solches „erdrosselnde“ Wirkung haben (wofür vieles spricht) und daher schon aus diesem Grund verfassungswidrig sind.

II. Zusammenfassende Thesen

1. Die neuen Landesgesetze bzw. -entwürfe zum Recht der Spielhallen enthalten eine Fülle unterschiedlicher Übergangsvorschriften, die sowohl die (Fort-)Dauer der Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO insgesamt betreffen, als auch personen-, raum- oder ortsbezogen sind und damit nicht nur die baulichen Merkmale, sondern auch die Art und Weise des (Weiter-)Betriebs einer Spielhalle berühren.
2. Diese Übergangsregelungen beziehen sich auf Lebenssachverhalte, die dem jeweiligen Normgeber vermutlich nicht hinreichend detailliert und vollständig präsent gewesen sein mögen. Zwar sind durch die diversen Rechtsänderungen die einzelnen Betreiber von Spielhallen, aber auch die Aufstellunternehmer der Geld-Gewinnspielgeräte in unterschiedlicher Weise berührt. Über die Auswirkungen auf die Spielhallenerlaubnis, die räumliche Nutzung und Gestaltung der Spielhallen, die Investitionen in betriebliche Anlagen und deren Abschreibung, die Rentabilität (Verzinsung des Eigenkapitals, entgener Gewinn) sowie auf die Personalkosten (Abfindungen, Sozialpläne) bei Betriebsaufgabe lassen sich jedoch allgemeine Feststellungen treffen, die für die Beantwortung der Frage, ob die Übergangsregelungen den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen, von maßgeblicher Bedeutung sind.
3. Im Hinblick auf bestehende Mietverträge zur Nutzung und Gestaltung von Spielhallen fallen Kosten für Mietzeiten, Mietzahlungen und Rückbauverpflichtungen in Fällen einer durch die Neuregelungen erzwungenen Betriebs- oder Geschäftsaufgabe an. In Bezug auf die Amortisierung der üblicherweise von Spielhallenbetreibern getätigten Investitionen betragen die Abschreibungsdauer für branchentypisches Anlagevermögen 10 bis 33 Jahre und die Abschreibungsfristen für Unterhaltungsautomaten oder Geld-Gewinnspielgeräte 5 bzw. 4 Jahre.

4. Somit kann festgestellt werden, dass die Betreiber von Spielhallen bei Ablauf der auf (nur) 5 Jahre bemessenen Übergangsfrist nicht nur mit dem Verfall ihrer bisherigen Erlaubnis nach § 33i GewO zu rechnen haben, sondern durch die beschlossenen oder geplanten Änderungen des Spielhallenrechts in den Ländern auch erhebliche Vermögenseinbußen erleiden, die mittelbar auch die Aufstellunternehmer und Hersteller von Unterhaltungs- oder Geldgewinnspielgeräten treffen. Bei einem Referenzunternehmen (mit einem Marktanteil von 5%) belaufen sich die Verluste auf knapp 200 Mio. Euro. Rechnet man diese Einbußen auf die ganze Spielhallenbranche hoch, so ergibt sich ein Gesamtschaden von ca. 4 Mrd. Euro. Damit stellt sich die Frage, ob die oben beschriebenen Übergangsregelungen im Lichte des einschlägigen Verfassungsrechts angemessen und ausreichend sind oder, falls nicht, Ausgleichsansprüche der betroffenen Unternehmen begründen.
5. Die mit dem Übergang des „Rechts der Spielhallen“ (§ 33i GewO) in ausschließliche Landeskompetenz von einigen Ländern schon verabschiedeten oder geplanten Neuregelungen führen zu massiven Änderungen der bisherigen Rahmenbedingungen für das Spielhallengewerbe, die tief in die bestehenden Strukturen eingreifen und die Betreiber von Spielhallen nicht nur in ihrer beruflichen Betätigung, sondern auch in ihrem vermögensrechtlichen Status erheblich beeinträchtigen. Dazu gehören vor allem das (rückwirkende) Verbot von Mehrfachkonzessionen, Vorgaben für Mindestabstände zwischen einzelnen Spielhallen, Werbebeschränkungen, die Herabsetzung der Gerätezahl pro Spielhalle, die Einführung von Sperrsystemen und Zugangskontrollen, die Verschärfung von Aufklärungspflichten und nicht zuletzt erhöhte Anforderungen an die Befähigung, Schulung und Überwachung des eingesetzten Personals.
6. Bei der Prüfung, ob die in den Gesetzen oder Gesetzentwürfen vorgesehenen Übergangsregelungen verfassungsgemäß sind, muss in erster Linie an diejenigen Schutzbereiche angeknüpft werden, welche sich für die einzelnen Übergangsregelungen als „sachnah“ erweisen. Als verfassungsrechtliche Maßstäbe kommen hier vor allem der Schutz des Eigentums aus Art. 14 Abs. 1 GG und die berufliche Betätigungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht. Darüber hinaus sind Übergangsregelungen, die sich auf Beschränkungen mit unechter Rückwirkung beziehen, weiterhin am allgemeinen Grundsatz des Vertrauensschutzes zu messen, wie er sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 3 GG, 28 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) ergibt. Im Hinblick auf die Sonderregelungen zum Inhaberwechsel von Spielhallen, nach denen ein Rechtsnachfolger sofort eine neue Erlaubnis benötigt, die den geänderten Zulassungsvoraussetzungen

unterliegt, kommt als weiterer Prüfungsmaßstab der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) in Betracht. Schließlich müssen die sog. Härtefallklauseln, aufgrund derer im Einzelfall Ausnahmen von den neuen Abstandsgeboten bzw. Befreiungen vom Verbot der Mehrfachkonzessionen bewilligt werden können, dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen.

7. Versieht der Landesgesetzgeber die durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition aus der Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO mit einem Verfallsdatum, was praktisch bedeutet, dass eine bisher unbefristet erteilte Erlaubnis nachträglich in eine befristete umgewandelt wird und ein Spielhallenbetreiber deshalb gezwungen ist, bis zum Ablauf der Übergangsfrist von 5 Jahren unter wesentlich veränderten Umständen eine neue Erlaubnis zu beantragen, so greift er in das Eigentumsrecht des Spielhallenunternehmers ein.
8. Dieser Eingriff könnte sich als Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG erweisen, wenn sich herausstellt, dass nach Ablauf der Übergangsfrist ein Großteil der Spielhallen wegen der Abstandsgebote schließen muss und damit die Substanz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verletzt wird. Jedenfalls handelt es sich aber um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Denn das Ziel der Gesetzgeber besteht darin, den Spielhallenbetreibern nach Ablauf der Übergangsfrist von 5 Jahren eine Rechtsposition zu entziehen, ohne sie auf den Staat oder Dritte zu übertragen. Allerdings können zur Kompensation von Vermögensverlusten Ausgleichsansprüche entstehen.
9. Neben Art. 14 Abs. 1 GG findet vorliegend auch das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) uneingeschränkt Anwendung. Demzufolge müssen die neuen landesrechtlichen Eingriffe in das bestehende Spielhallenrecht und die daran geknüpften Übergangsregelungen sowohl am Maßstab der Eigentumsgarantie als auch der Berufsfreiheit geprüft werden.
10. Die Betätigung als Spielhallenbetreiber erfüllt die allgemeinen Kriterien des (weiten) Berufsbegriffs. Die Übergangsvorschriften im neuen Spielhallenrecht der Länder sind als Berufsausübungsregelungen im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG zu betrachten. Damit unterliegen sie dem Verhältnismäßigkeitsmaßstab, müssen also nicht nur geeignet und erforderlich, sondern auch zumutbar sein, um die Ziele des Gesetzes zu erreichen. Sie können jedoch im Hinblick auf das erhebliche Gewicht der Eingriffe nicht nur die Berufsausübungsfreiheit, sondern auch die Freiheit der Berufswahl (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG) beeinträchtigen.

11. Als weiterer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab ist der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) in Betracht zu ziehen, und zwar insofern, als – abweichend von der fünfjährigen Übergangsfrist, die für Inhaber von Spielhallenerlaubnissen nach § 33i GewO gilt – im Falle eines Inhaberwechsels der neue Betreiber in einigen Ländern mit dem Erwerb der Spielhalle einer „vorzeitigen“, d.h. sofortigen Erlaubnispflicht unterliegt. Damit werden Spielhallen innerhalb der Übergangsperiode praktisch unverkäuflich, was sich nicht nur als zusätzlicher, massiver Eingriff in die Berufsfreiheit eines potentiellen Veräußerers erweist, sondern diesen und den Erwerber auch ungleich behandelt, genauer: letzteren gegenüber dem ersteren ungerechtfertigt und unverhältnismäßig benachteiligt.
12. Die Gebote des Vertrauens- und Bestandsschutzes dienen der Rechtssicherheit und sind damit wesentliche Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG). Rechtsstaatsprinzip und Grundrechte, namentlich Art. 2 Abs. 1 GG, begrenzen die Befugnis des Gesetzgebers, Rechtsänderungen vorzunehmen, die an Sachverhalte der Vergangenheit anknüpfen. Darunter fallen alle Regelungen in den Spielhallengesetzen oder -entwürfen der Länder, welche die bauliche Situation der Spielhallen betreffen. Die neuen Abstandsgebote und Verbote von Mehrfachkonzessionen treffen auf eine bestehende Spielhallenstruktur, deren Veränderung nach Maßgabe jener Vorschriften an zahlreichen Spielhallenstandorten zumindest erhebliche Um- oder Rückbauten erforderlich machen, wenn nicht gar zur Einstellung des Spielbetriebs führen würden.
13. Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot soll sicherstellen, dass (1) der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann, (2) die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und (3) die Gerichte eine Rechtskontrolle durchführen können. Das ist bei den Härtefallklauseln zu den Abstandsgeboten im Spielhallenrecht der Länder, deren Anwendung in das Ermessen der Verwaltung gestellt ist, zumindest problematisch.
14. Um den Interessenwiderstreit zwischen privaten Inhabern von Rechten oder rechtlich geschützten Positionen an deren unverändertem Fortbestand einerseits und dem öffentlichen Bedürfnis nach Umgestaltung oder Anpassung einer bestimmten Rechtslage andererseits auszugleichen oder wenigstens abzumildern, kann sich der Gesetzgeber des Instruments sogenannter Übergangsregelungen bedienen. In manchen Fällen muss er es sogar, wenn die Schaffung von „Übergangsgerechtigkeit“ auf andere Weise nicht möglich ist.

15. Im Wirtschaftsleben sind solche Übergangsregelungen besonders wichtig. Denn nicht selten hängt von ihnen der Fortbestand ganzer Unternehmenszweige ab. Wird beispielsweise eine gesetzliche Regelung, deren Aufrechterhaltung für einen bestimmten Betrieb existenznotwendig ist, derart verändert, dass dieser Betrieb in Zukunft nicht mehr profitabel weitergeführt werden kann, dann wird er für den Inhaber wertlos. Mit anderen Worten: Jeder Unternehmer benötigt vor allem Investitionssicherheit und ist, um dem staatlichen Anpassungsdruck standhalten zu können, unverzichtbar auf Bestandsschutz angewiesen.
16. Für den Übergang von der alten zur neuen Ordnung eines Lebensbereichs verfügt der Gesetzgeber über einen weiten Gestaltungsspielraum. Gleichwohl sind ihm in der konkreten Ausgestaltung von Übergangsregelungen Schranken gesetzt. Bei der Aufhebung oder Modifizierung geschützter Rechtspositionen hat er auch dann, wenn der Eingriff an sich verfassungsrechtlich zulässig ist, aufgrund des rechtsstaatlichen Prinzips der Verhältnismäßigkeit eine Überleitungsregelung zu treffen, die im Einzelfall angemessen ist.
17. Die Abwägung widerstreitender Interessen erfolgt auf der Grundlage des aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herleitbaren „Prinzips der größtmöglichen Schonung eines erworbenen Besitzstandes“. Dabei sind zugleich diejenigen Abwägungskriterien zu berücksichtigen, die sich aus dem besonderen Bestandsschutz ergeben, wie ihn die jeweiligen Spezialgrundrechte verbürgen, an denen der Eingriff selbst zu messen ist. Außerdem kommt es entscheidend auf die Ziele an, die mit dem neuen Spielhallenrecht der Länder verfolgt werden. Schließlich spielt auch die staatliche Mitverantwortung für die Schaffung von Vertrauenstatbeständen eine wichtige Rolle.
18. Die einzelnen, teilweise abgestuften und miteinander verknüpften Übergangsregelungen in den neuen Spielhallengesetzen oder -entwürfen einzelner Länder oder der Ländergesamtheit reagieren in differenzierter Weise auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Bestands- und Vertrauensschutzes. Darüber hinaus sind die Änderungen des Spielhallenrechts, die in ihrer Gesamtheit zu einer tiefgreifenden Umgestaltung der bestehenden Spielhallenstruktur führen, mit ihrem Eingriffscharakter den Normbereichen mehrerer Grundrechte zuzuordnen, die zugleich dafür maßgeblich sind, ob der durch sie mitverbürgte Bestandsschutz durch jene Übergangsvorschriften angemessen und zumutbar gewährleistet ist.
19. Im Falle der Übergangsfrist von 5 Jahren für bestehende Spielhallenlaubnisse führt die Abwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip im Hinblick auf die Angemessenheit und Zumutbarkeit einer

Übergangsregelung zu dem Ergebnis, dass die Bestandsinteressen der Betreiber das staatliche Änderungsanliegen eindeutig überwiegen. Daher verstoßen die landesgesetzlichen Regelungen der Fünfjahresfrist wegen Unterlassens einer angemessenen und zumutbaren Übergangsregelung gegen die Eigentumsgarantie gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG und sind somit verfassungswidrig.

20. Bei dem Verbot von Mehrfachkonzessionen spricht viel dafür, dass es nicht nur eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 darstellt, sondern sogar enteignenden Charakter hat. Umso mehr erweist sich auch bei diesem Eingriff die dafür vorgesehene Übergangsfrist von nur 5 Jahren als völlig unzureichend und unangemessen. Somit verstößt auch in Bezug auf das Verbot von Mehrfachkonzessionen die Fünfjahresfrist als Übergangsregelung zumindest gegen Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Würde dieses Verbot als entschädigungslose Enteignung oder als enteignungsgleicher Eingriff betrachtet, wäre es als solches bereits verfassungswidrig und auch mit einer längeren Übergangsfrist nicht zu heilen.
21. Bei den Abstandsgeboten ist zu unterscheiden, ob sie für Inhaber bestehender Spielhallenerlaubnisse oder im Falle eines Betreiberwechsels für den Erwerber gelten sollen. Im ersten Fall gilt der gleiche Bestandsschutz aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG und dieselbe Übergangsfrist von (nur) 5 Jahren wie allgemein für Spielhallenerlaubnisse und ist auch aus ähnlichen Gründen wie bei den Mehrfachkonzessionen unangemessen und unzumutbar, also verfassungswidrig. Bei einem Betreiberwechsel stellt das Fehlen einer entsprechenden Übergangsfrist nicht nur einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) des Veräußerers dar, sondern verletzt im Hinblick auf die ungerechtfertigte Benachteiligung eines Rechtsnachfolgers auch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und ist daher verfassungswidrig.
22. Zwecks Abschwächung der starren Abstandsgebote und des Verbots von Mehrfachkonzessionen sehen einige Länder und der Erste GlüÄndStV sog. Härtefallklauseln vor, aufgrund derer die zuständigen Behörden auch geringere Abstände zwischen Spielhallen zulassen sowie Befreiungen vom Verbot der Mehrfachkonzessionen erteilen können. Für diese Fälle fehlen in den Gesetzen und im Staatsvertrag klare Entscheidungsmaßstäbe mit der Folge, dass die betreffenden Tatbestände dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz nicht entsprechen. Darüber hinaus lassen die Ermächtigungsnormen eine für die Verwaltung nach der sog. Wesentlichkeitstheorie für Entscheidungen im grundrechtsnahen Bereich erforderliche verbindliche Regelung im Gesetz selbst vermissen. Aus beiden Gründen sind die Härtefallklauseln daher verfassungswidrig.

23. Wenn durch einzelne Vorschriften in den Landesgesetzen oder -entwürfen die Höchstzahl der in einer Spielhalle aufzustellenden Geräte weiter begrenzt wird, ist die Übergangsfrist von 24 Monaten nicht an den Amortisationszeiten der Geräteinvestitionen orientiert. Als Berufsausübungsregelung erweist sie sich als unverhältnismäßig kurz und verstößt damit gegen Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG.
24. Das Fehlen von Übergangsvorschriften für die Verlängerung der Sperrzeiten wirft erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken aus der Sicht sowohl von Art. 14 Abs. 1 Satz 3 GG als auch von Art. 12 Abs. 1 GG auf. Es wäre verfassungsrechtlich geboten gewesen, diese nunmehr zwecklosen und überflüssigen Lohnkosten für das weiter zu beschäftigende Personal wenigstens durch eine an die Kündigungsfristen angepasste Übergangsregelung „abzufedern“.
25. Die weiteren Übergangsvorschriften sind ebenfalls als Berufsausübungsregelungen im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG zu qualifizieren. Dazu gehören die Erbringung eines Sachkundenachweises für das Aufsichtspersonal in Spielhallen, die Vorlage von Sozialkonzepten, regelmäßige Personalschulungen mit entsprechenden Nachweisen, die Einführung einer Spielersperrliste und Werbebeschränkungen. Das Fehlen darüber hinausgehender Übergangsregelungen oder längerer Übergangsfristen für diese Vorschriften erscheint nicht von vornherein unangemessen oder unzumutbar, ist also verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Das Gleiche gilt für den Verzicht auf eine Übergangsregelung für Anforderungen an das äußere Erscheinungsbild von Spielhallen, Zugangskontrollen sowie weitere Aufklärungs- oder Überwachungspflichten. Ungeachtet dessen ist allerdings die materielle Verfassungsmäßigkeit jener Vorschriften (mit Ausnahme der Pflicht zur Vorlage eines Sozialkonzepts und zur Durchführung von Personalschulungen) höchst zweifelhaft.
26. Sollte die fünfjährige Übergangsfrist für bestehende Spielhallenerlaubnisse als verfassungsgemäß betrachtet werden, wird die Übergangsfrist von 5 Jahren für bestehende Spielhallenerlaubnisse nur in Kombination mit einer entsprechenden Entschädigungslösung als „ausgleichspflichtige“ Inhalts- und Schrankenbestimmung des durch die Eigentumsgarantie geschützten Vertrauens von Spielhallenbetreibern auf den Bestand ihrer unbefristeten Erlaubnis die verfassungsrechtlichen Mängel heilen können. Damit bleibt den Landesgesetzgebern zur Herstellung eines verfassungskonformen Zustandes lediglich die Wahl zwischen einer Verlängerung der Übergangsfrist auf annähernd 15 Jahre oder die Schaffung eines Entschädigungstatbestandes, aufgrund dessen die erheblichen Vermögenseinbußen der Spielhallenbetreiber bei einer nur fünfjährigen Übergangsperiode angemessen ausgeglichen werden können.

III. Rechtsgrundlagen

Die neuen Landesgesetze bzw. -entwürfe zum Recht der Spielhallen enthalten eine Fülle unterschiedlicher Übergangsvorschriften, die sowohl die (Fort-)Dauer der Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO insgesamt betreffen, als auch personen-, raum- oder ortsbezogen sind und damit nicht nur die baulichen Merkmale, sondern auch die Art und Weise des (Weiter-)Betriebs einer Spielhalle berühren. Im Einzelnen ergibt sich folgendes Bild:

1. Berlin (Spielhallengesetz Berlin vom 20. Mai 2011)

Das „Gesetz zur Regelung des Rechts der Spielhallen im Land Berlin“ (Spielhallengesetz Berlin – SpielhG Bln) vom 20. Mai 2011 (GVBl. S. 223 – 225), in Kraft getreten am 2. Juni 2011, bestimmt in § 1 Satz 2 ausdrücklich, dass der Anwendungsbereich des Gesetzes auch zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens bereits bestehende Betriebe mit einer Erlaubnis nach § 33i GewO umfasst. Davon unberührt bleibt § 8, der folgende Vorschrift enthält:

„§ 8 Übergangs- und Schlussbestimmungen

- (1) Nach § 33i der Gewerbeordnung erteilte gültige Erlaubnisse verlieren mit Ablauf des 31. Juli 2016 ihre Wirksamkeit. Die Inhaberin oder der Inhaber dieser Erlaubnisse haben den nach § 2 Absatz 3 Nummer 4 geforderten Sachkundenachweis innerhalb von zwölf Monaten seit Inkrafttreten dieses Gesetzes der zuständigen Behörde vorzulegen.
- (2) Die Inhaberin oder der Inhaber eines Unternehmens nach § 1 hat dafür Sorge zu tragen, dass für das bei Inkrafttreten dieses Gesetzes bereits in dem Unternehmen als Aufsicht tätige Personal der Sachkundenachweis nach § 6 Absatz 3 innerhalb von zwölf Monaten der zuständigen Behörde vorliegt.
- (3) Wer zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes ein Unternehmen nach § 1 rechtmäßig betreibt und über eine gültige Erlaubnis nach § 33i der Gewerbeordnung verfügt, hat für diesen Betrieb die Zahl der Geräte und Spiele innerhalb von 24 Monaten auf das nach § 4 Absatz 2 und 3 zulässige Maß zu reduzieren.
- (4) Werden die in Absatz 1 bis 3 geforderten Verpflichtungen von der Inhaberin oder vom Inhaber nicht oder nicht fristgemäß erfüllt, ist von der zuständigen Behörde ein Verfahren mit dem Ziel des Widerrufs der Erlaubnis einzuleiten“.

In der Begründung des Senatsentwurfs vom 4. April 2011 (Drucksache 16/4027) heißt es zu § 8:

„Absatz 1 Satz 1 normiert für rechtmäßig betriebene Gewerbe einen Bestandsschutz für einen Zeitraum von fünf Jahren nach Inkrafttreten der Neuregelung. Die bereits über eine Spielhallenerlaubnis gemäß § 33i der Gewerbeordnung verfügenden Gewerbetreibenden haben so ausreichend Zeit, erforderliche Dispositionen zu treffen, und können sich langfristig auf die Notwendigkeit, eine neue Erlaubnis beantragen zu müssen, einstellen. Denn die Betreiberinnen und Betreiber bestehender Spielhallen sind in den Punkten, die den angestrebten Zielen dieses Gesetzes entsprechen, einem hohen Anpassungsdruck ausgesetzt und müssen mit Inkrafttreten bzw. innerhalb kurzer Übergangsfristen der neuen Rechtslage im Land Berlin Rechnung tragen. Auf die vorstehende Begründung zu § 2 Absatz 1 wird im Zusammenhang mit dem Inhaberwechsel bei „Bestandsbetrieben“ verwiesen. Zumutbar und fristangemessen ist die Forderung, den in § 2 Absatz 3 Nr. 4 geforderten Sachkundenachweis auch von den rd. 500 bisherigen Erlaubnisinhaberinnen und Erlaubnisinhabern abzuverlangen; auf die o. a. Begründung wird verwiesen.

Absatz 2 lässt den Betreiberinnen und Betreibern bereits bestehender Betriebe eine angemessene Übergangsfrist, die erforderliche Sachkunde für das zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bereits im Betrieb tätige Personal gegenüber der Erlaubnisbehörde nachzuweisen. Gemessen an der Anzahl der zurzeit bestehenden Spielhallen in Berlin (31.12.2010: 368) ist bei dem für die Nachschulung in Betracht kommenden Personal aufgrund der künftig verkürzten Öffnungszeiten der Spielhalle von maximal 16 Stunden täglich und unter Berücksichtigung des Schichtbetriebs von schätzungsweise 1.200 Personen auszugehen.

Absatz 3 räumt den Betreiberinnen und Betreibern eine ausreichende Übergangsfrist ein, die Zahl der Automaten auf acht Geräte zu reduzieren. Damit wird den Investitionen für Automaten und die sonstige Ausstattung hinreichend Rechnung getragen.

Absatz 4 ermächtigt die zuständige Behörde zur Einleitung eines Verfahrens mit dem Ziel des Widerrufs der Erlaubnis für den Fall, dass die Inhaberin oder der Inhaber den Verpflichtungen aus Satz 1 bis Satz 3 nicht oder nicht fristgemäß nachkommt“.

Damit nimmt die Begründung zu § 8 Abs. 1 Satz 1 auf die Abstandsregelungen in § 2 Abs. 1 Bezug, dessen Sätze 3 bis 5 wie folgt lauten:

„Der Abstand zu weiteren Unternehmen nach § 1 soll 500 Meter nicht unterschreiten. Das Gewerbe soll auch nicht in räumlicher Nähe von Einrichtungen betrieben werden, die ihrer Art nach oder tatsächlich vorwiegend von Kindern oder Jugendlichen aufgesucht werden. Die für die Erlaubnis zuständige Behörde darf unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalls von der Maßgabe nach Satz 3 und 4 abweichen.“

Satz 5 wird wie folgt begründet:

„Absatz 1 Satz 5 regelt das Abweichen von den Abstandsregelungen in Satz 3 und 4, sofern die besonderen Bedingungen des Standorts und die Lage des Einzelfalls dies ermöglichen. Hiermit wird dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen, indem unter Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse im Umfeld des Standortes mehr Ermessens- und Gestaltungsspielräume eröffnet werden. Anwendungsbeispiele sind hier insbesondere Erlaubnisbeanträge, die bei dem Betreiberwechsel bei bestehenden Spielhallen nötig werden. Hier gilt es, unbillige Härten zu vermeiden und mögliche Einschränkungen des Grundrechts der Berufsfreiheit aus Artikel 12 Absatz 1 des Grundgesetzes verhältnismäßig zu gestalten“.

Somit enthält das SpielhG Bln bezüglich der neuen Abstandsvorschriften von Spielhallen zwar eine Ausnahmenvorschrift für das Regelbeispiel des Betreiberwechsels, nicht aber für den Fall des schlichten Weiterbetriebs einer bestehenden Spielhalle durch den gegenwärtigen Inhaber. Abgesehen davon stellt sich weiter die Frage, ob die Voraussetzungen, unter denen die Verwaltung im Einzelfall von den Abstandsvorschriften in § 2 Abs. 1 abweichen kann, im Gesetz so klar und eindeutig umschrieben sind, so dass sie dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen.

2. Bremen (Spielhallengesetz Bremen vom 17. Mai 2011)

Das „Bremische Spielhallengesetz“ (BremSpielhG) vom 17. Mai 2011 (Brem.GBl. S. 327), in Kraft getreten am 20. Mai 2011, enthält in § 8 folgende Vorschrift:

„§ 8 Übergangsbestimmungen

- (1) Ist für eine Spielhalle eine Erlaubnis gemäß § 33i Absatz 1 Satz 1 der Gewerbeordnung bis zum Ablauf des 19. Mai 2011 erteilt worden,
- a) gilt § 2 Nummer 1 nicht für die bestehende Erlaubnis oder aufgrund einer Rechtsnachfolge neu beantragte Erlaubnis für diese Spielhalle;
 - b) gilt § 2 Nummer 2 für diese Spielhalle erst mit Ablauf des 31. Dezember 2016, wobei die Betreiberin oder der Betreiber die Aufhebung der Erlaubnis aufgrund dieser Vorschrift für eine einzige der an dem betreffenden Standort bestehenden Spielhallen durch schriftliche Anzeige gegenüber der zuständigen Behörde abwenden kann; wird das Wahlrecht nicht ausgeübt, wählt die Behörde nach eigenem Ermessen eine der Spielhallen aus;
 - c) gilt § 2 Nummer 3 nicht für die bestehende Erlaubnis für diese Spielhalle.
- (2) Ist für eine Spielhalle bis zum Ablauf des 19. Mai 2011 eine Erlaubnis gemäß § 33i Absatz 1 Satz 1 der Gewerbeordnung erteilt wor-

den, hat die Betreiberin oder der Betreiber die Pflichten gemäß § 4 Absatz 1 und § 5 ab dem 1. August 2011 zu erfüllen. Das Sozialkonzept gemäß § 4 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 ist in diesem Fall bis zum Ablauf des 31. Juli 2011 vorzulegen.“

In § 2 knüpft das Gesetz an die Spielhallenerlaubnis nach § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO an, normiert aber drei zusätzliche Versagungsgründe. Danach ist die Erlaubnis auch zu versagen, wenn (1) eine Spielhalle einen Mindestabstand von 250 Metern Luftlinie zu einer anderen Spielhalle unterschreitet, (2) eine Spielhalle in baulichem Verbund mit einer oder mehreren weiteren Spielhallen steht, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht wird, oder (3) ein Sozialkonzept gemäß § 4 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 nicht vorgelegt wird.

In der Begründung des Antrags der Fraktionen der SPD und Bündnis 90/Die Grünen vom 5. April 2011 (Drucksache 17/1736) heißt es zu § 8 in seiner Ursprungsfassung:

„In § 8 Absatz 1 wird festgelegt, dass die zusätzlich eingeführten Versagungsgründe nicht für Erlaubnisse gelten, die vor Inkrafttreten des Gesetzes erteilt worden sind, so dass diese Erlaubnisse nicht unter Verweis auf die neuen Versagungsgründe nachträglich aufgehoben werden können. Die Erlaubnis für eine Spielhalle, die bereits vor dem Tag des Inkrafttretens des Gesetzes gemäß § 33i Absatz 1 Satz 1 der Gewerbeordnung erteilt worden war, kann also nicht aufgehoben werden, wenn die betreffende Spielhalle weniger als 250 m von einer oder mehreren anderen Spielhallen entfernt ist oder sich im selben Gebäude oder Gebäudekomplex befindet. Im Übrigen gilt ab Inkrafttreten des Gesetzes das neue Recht, ohne dass dies einer ausdrücklichen Regelung bedarf.

§ 8 Absatz 2 gibt den Betreiberinnen und Betreibern von Spielhallen, deren Erlaubnis vor dem Datum des Inkrafttretens des Bremischen Spielhallengesetzes erteilt worden war, mehr als zwei Monate Zeit, sich auf die neuen Regelungen zum Sozialkonzept und zur Werbung einzustellen. Das Sozialkonzept gemäß § 4 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 muss spätestens einen Tag vor Ablauf der Umstellungsfrist vorgelegt werden. Dies korrespondiert mit der Erlaubnisvoraussetzung gemäß § 2 Absatz 3, die jedoch nur für Erlaubnisse gilt, die ab dem Tag des Inkrafttretens des Gesetzes erteilt werden. Im Ergebnis stehen alle bisherigen und künftigen Betreiberinnen und Betreiber von Spielhallen in der Pflicht, ein Sozialkonzept gemäß § 4 Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 vorzulegen. Neue Erlaubnisse sind nicht zu erlangen, wenn diese Voraussetzung nicht erfüllt wird, und bestehende Erlaubnisse können aufgehoben werden, wenn die Pflicht zur Vorlage des Sozialkonzepts in einer Weise verletzt wird, dass die Zuverlässigkeit der Betreiberin oder des Betreibers in Zweifel zu ziehen ist.

Die mit den Pflichten gemäß § 4 Absatz 1 und § 5 korrespondierenden Ordnungswidrigkeiten gemäß § 7 Absatz 1 Nummer 2 und Nummer 4 können erst verfolgt und geahndet werden, sobald die Pflichten zu erfüllen sind. Betreiberinnen und Betreiber von Spielhallen, denen ab dem Datum des Inkrafttretens des Gesetzes eine Erlaubnis gemäß § 33i Absatz 1 Satz 1 der Gewerbeordnung erteilt wird, können und müssen ihr Verhalten umgehend an den Ordnungswidrigkeitentatbeständen ausrichten. Betreiberinnen und Betreiber von Spielhallen, denen bereits vor dem Datum des Inkrafttretens eine Erlaubnis gemäß § 33i Absatz 1 Satz 1 der Gewerbeordnung erteilt worden war, haben bis zum Ablauf der Übergangsfrist Zeit, sich auf die neuen Ordnungswidrigkeitentatbestände einzurichten.

Im Umkehrschluss ergibt sich aus § 8 des Gesetzentwurfs, dass sämtliche nicht genannten Normen sofort Geltung erlangen für sämtliche bestehenden und künftigen Spielhallen im Sinne des § 1 Absatz 2 des Gesetzes“.

Im Laufe der parlamentarischen Beratungen stellte sich jedoch heraus, dass der Bestandsschutz in § 8 Abs. 1 des ursprünglichen Entwurfs unzureichend geregelt war. Daher brachten die Fraktionen der CDU, der SPD und Bündnis 90/Die Grünen am 12. Mai 2011 einen Änderungsantrag ein, demzufolge § 8 Abs. 1 durch einen neuen Text ersetzt werden sollte, der zu der oben wiedergegebenen Endfassung des § 8 führte. In der Begründung dazu heißt es:

„Die Änderung des Absatzes 1 a) erfolgt, damit Rechtsnachfolger von bestehenden Spielhallen nicht sämtlichen Anforderungen des § 2 unterliegen. Ein neuer Betreiber einer bestehenden Spielhalle müsste nach dem Gesetzentwurf sämtliche Voraussetzungen des § 2 erfüllen. Wenn diese Voraussetzungen nicht eingehalten werden können, wäre ein Verkauf der Spielhalle teilweise unmöglich und die Spielhallenbetreiber würden unverhältnismäßig sanktioniert und in ihrer Existenz, besonders wenn ein Verkauf aus Altersgründen und zur Altersversorgung angestrebt wird, bedroht. Ferner wird in Absatz 1 b) geregelt, dass Mehrfachkonzessionen nach Ablauf des fünften auf die Verkündung folgenden Kalenderjahres aufgehoben werden können. Absatz 1 c) stellt klar, dass ein Rechtsnachfolger ein Sozialkonzept vorlegen muss“.

Auf diese Weise wurde einerseits das Problem des Betreiberwechsels entschärft, andererseits der Bestand von Mehrfachkonzessionen auf fünf Jahre befristet und zum dritten schließlich eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Vorlage eines Sozialkonzepts nur für bestehende Erlaubnisträger, nicht für Rechtsnachfolger vorgesehen.

3. Hessen (Entwurf Innenministerium vom 17. Mai 2011)

Der Entwurf eines „Hessischen Spielhallengesetzes“ (HessSpielhG), ausgearbeitet im Hessischen Innenministerium, enthält in § 15 folgende Regelung:

„§ 15 Übergangs- und Schlussbestimmungen

(1) Spielhallen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehen und erlaubt sind, gelten für die Dauer von bis zu fünf Jahren nach Inkrafttreten dieses Gesetzes als erlaubt. Danach unterliegen sie der Erlaubnispflicht des § 2. Unbeschadet des Satzes 1 tritt eine vorzeitige Erlaubnispflicht bei einem Wechsel der Inhaberin oder des Inhabers der Spielhalle ein.

(2) Die Beschränkungen und Anforderungen des § 3 sind ab Inkrafttreten dieses Gesetzes in allen Verfahren zur Erteilung, Änderung oder Verlängerung von Erlaubnissen nach § 2 oder § 33i der Gewerbeordnung zu berücksichtigen. Erlaubnisse nach § 33i der Gewerbeordnung, die nach Inkrafttreten erteilt worden sind und den Beschränkungen und Anforderungen des § 3 nicht entsprechen, werden ein Jahr nach Inkrafttreten dieses Gesetzes unwirksam.“

In der beigefügten Einzelbegründung wird ebenso lapidar wie allgemein festgestellt:

„Die Vorschrift des Absatzes 1 regelt für eine Übergangszeit die Besitzstandswahrung. Zu Absatz 2 wird auf die Begründung zu § 3 verwiesen. Die Sperrzeit- und Spielverbotsregelung des § 8 gilt auch für die bestehenden und erlaubten Spielhallen“.

Die Begründung zu § 3 über Beschränkungen und Anforderungen an die Ausgestaltung von Spielhallen, der in Abs. 2 Satz 1 zwischen mehreren Spielhallen einen Mindestabstand von 500 Metern vorschreibt, zugleich aber in Satz 2 abweichend davon die Möglichkeit vorsieht, „unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalls andere Mindestabstände“ festzulegen, lautet u.a. wie folgt:

„Abs. 2 regelt einen Mindestabstand von 500 Metern zwischen Spielhallen. Satz 2 enthält eine Ermessensvorschrift, die eine Unterschreitung des festgelegten Mindestabstands im Einzelfall ermöglicht“.

Im Ergebnis soll danach ein genereller Bestandsschutz für Erlaubnisse vorhandener Spielhallen von „bis zu fünf Jahren“ nach Inkrafttreten des Gesetzes gelten. Bei einem Wechsel des Betreibers wird der Nachfolger indes „vorzeitig“ erlaubnispflichtig. Während die Ausnahmeregelung in § 3 Abs. 2 Satz 2 noch offen lässt, ob der Mindestabstand erweitert oder verkürzt werden darf, ist nach der Begründung nur an eine Unterschrei-

tung der 500-Meter-Regel gedacht, was den bestehenden Verhältnissen durchaus entgegenkommt.

4. Hessen (Entwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 13. April 2011)

Der Entwurf der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Hessischen Landtag für ein „Gesetz über die Erlaubnis und den Betrieb von Spielhallen in Hessen (Spielhallengesetz)“ – Drucksache 18/3965 – enthält in § 14 folgende Regelung:

„§ 14 Übergangs- und Schlussbestimmungen

(1) Spielhallen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehen, gelten für die Dauer von bis zu fünf Jahren nach Inkrafttreten dieses Gesetzes als erlaubt. Danach unterliegen sie der Erlaubnispflicht des § 3.

(2) Die Vollkosten der Erlaubnis und Überwachung von Spielhallen, die nach diesem Gesetz neu erteilt worden sind, sind vom Land in geeigneter Weise für die Dauer von drei Jahren nach Inkrafttreten dieses Gesetzes im Rahmen der Kosten- und Leistungsrechnung zu erfassen. Aufgrund dieser Daten ist das Land verpflichtet, im Rahmen einer Gesetzesinitiative den Gebührensatz nach § 5 neu festzustellen; ggf. ist der überzahlte Differenzbetrag zwischen dem Betrag in § 5 und dem neu festgestellten Betrag für die bis zum Inkrafttreten der Neuregelung erteilte Erlaubnis zu erstatten“.

Für den Bestandsschutz von Bedeutung ist lediglich der Absatz 1. Die Begründung lautet:

„Die Vorschrift des Abs. 1 regelt für eine Übergangszeit die Besitzstandswahrung“.

Damit gilt für bestehende Erlaubnisse eine allgemeine Übergangsfrist von fünf Jahren. Die Frage des Betreiberwechsels wurde nicht geregelt, obwohl nach § 3 Abs. 3 die Erlaubnis weder vererblich noch auf Dritte übertragbar ist.

5. Erster GlüÄndStV (Stand: 7. Dezember 2011)

Der Erste GlüÄndStV, beschlossen von den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder am 28. Oktober 2011, erfasst in § 2 Abs. 3 und 4 erstmals auch Spielhallen und Gaststätten (Schank- und Speisewirtschaften, Beherbergungsbetriebe), die Geld- oder Warenspielgeräte mit Gewinnmöglichkeiten bereithalten, und widmet ihnen unter der Überschrift „Spielhallen“ einen eigenen, den 7. Abschnitt. Darunter fällt

insbesondere auch das in § 33i GewO geregelte gewerbliche Geld-Gewinnspiel, für dessen Regelung seit Inkrafttreten der Föderalismusreform I die Länder gesetzgeberisch zuständig sind. Folglich enthält § 29 Abs. 4 auch eine entsprechende Übergangsregelung mit folgendem Wortlaut:

„¹Die Regelungen des Siebten Abschnitts finden ab Inkrafttreten dieses Staatsvertrags Anwendung. ²Spielhallen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Staatsvertrags bestehen und für die bis zum 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt worden ist, deren Geltungsdauer nicht innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten dieses Vertrages endet, gelten bis zum Ablauf von fünf Jahren nach Inkrafttreten dieses Vertrags als mit §§ 24 und 25 vereinbar. ³Spielhallen, für die nach dem 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt worden ist, gelten bis zum Ablauf von einem Jahr nach Inkrafttreten dieses Staatsvertrags als mit §§ 24 und 25 vereinbar. ⁴Die für die Erteilung einer Erlaubnis nach § 24 zuständigen Behörden können nach Ablauf des in Satz 2 bestimmten Zeitraums eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen des § 24 Abs. 2 sowie § 25 für einen angemessenen Zeitraum zulassen, wenn dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist; hierbei sind der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33i GewO sowie die Ziele des § 1 zu berücksichtigen. ⁵Das Nähere regeln die Ausführungsbestimmungen der Länder.“

Danach gelten bestehende Erlaubnisse, vom vorgesehenen Datum des Inkrafttretens am 1. Juli 2012 (Art. 2 Erster GlüÄndStV) an gerechnet, generell noch fünf Jahre fort. Werden nach dem Stichtag des 28. Oktober 2011 noch Erlaubnisse für Spielhallen erteilt, die den §§ 24 und 25 Erster GlüÄndStV nicht entsprechen, d.h. einen Mindestabstand nicht einhalten oder im baulichen Verbund mit anderen Spielhallen im Sinne von § 33i GewO stehen und insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht sind, verlieren diese Erlaubnisse ein Jahr nach Inkrafttreten des Ersten GlüÄndStV ihre Gültigkeit.

Im Verfahren der Notifizierung 2011/188/D des Ersten GlüÄndStV (Stand: 14. April 2011) bei der Europäischen Kommission nach der Richtlinie 98/34/EG haben die Spitzenverbände der Deutschen Unterhaltungsautomatenwirtschaft am 9. Juni 2011 erhebliche Bedenken gegen die Vereinbarkeit des Entwurfs mit europäischem Recht vorgetragen. Mit Datum vom 18. Juli 2011 hat die EU-Kommission eine ausführliche Stellungnahme mit kritischen Bemerkungen abgegeben. Die Stillhaltefrist wurde bis zum 16. August 2011 verlängert. Mit Schreiben vom 8. November 2011 hat die EU-Kommission die Bundesrepublik Deutschland an ihre Pflicht zur Beantwortung der ausführlichen Stel-

lungnahme erinnert und darauf hingewiesen, dass der neue Text der Kommission zur Verfügung gestellt werden muss. Mit Schreiben vom 7. Dezember 2011 ist die Bundesregierung ihrer Antwortpflicht nachgekommen. Der Erste GlüÄndStV wurde am 15. Dezember 2011 anlässlich der Ministerpräsidentenkonferenz unterzeichnet. Allerdings haben die unterzeichnenden Länder erklärt, dass sie den Staatsvertrag erst nach Vorliegen einer positiven Stellungnahme der EU-Kommission im Notifizierungsverfahren den Landtagen zur Ratifizierung zuleiten.

IV. Sachstand

Die zitierten Übergangsregelungen beziehen sich auf Lebenssachverhalte, die dem jeweiligen Normgeber vermutlich nicht hinreichend detailliert und vollständig präsent gewesen sein mögen. Zwar sind durch die diversen Rechtsänderungen die einzelnen Betreiber von Spielhallen, aber auch die Aufstellunternehmer der Geld-Gewinnspielgeräte, in unterschiedlicher Weise berührt. Über die Auswirkungen auf die Spielhallenerlaubnis (1.), die räumliche Nutzung und Gestaltung der Spielhallen (2.), die Investitionen in betriebliche Anlagen und deren Abschreibung (3.), die Rentabilität (Verzinsung des Eigenkapitals, entgangener Gewinn) (4.) sowie auf die Personalkosten (Abfindungen, Sozialpläne) bei Betriebsaufgabe (5.) lassen sich jedoch einige allgemeine Feststellungen⁶ treffen. Diese sind für die Beantwortung der Frage, ob jene Übergangsregelungen den verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen, von entscheidender Bedeutung sind. Denn nur, wenn man die tatsächlichen Umstände berücksichtigt, auf die jene neuen landesgesetzlichen Änderungen des Spielhallenrechts einwirken, lässt sich näher bestimmen, welche verfassungsrechtlichen Maßstäbe dafür heranzuziehen sind, und konkret beurteilen, wie schwerwiegend und weitreichend die dadurch bewirkten Eingriffe in die bestehenden Verhältnisse des gegenwärtigen Spielhallenwesens sind.

1. Spielhallenerlaubnis

Nach § 33i Abs. 1 GewO bedarf jeder, der eine Spielhalle oder ein ähnliches Unternehmen gewerbsmäßig betreiben will, einer Erlaubnis

⁶ Die nachfolgenden Ausführungen zu den Punkten 2 (Raumnutzung und Raumgestaltung), 3 (Abschreibungen), 4 (Entgangene Gewinne) und 5 (Personalkosten) beruhen auf Auskünften eines der größten europäischen Spielhallenunternehmen, das mit mehr als 200 Spielhallenstandorten über einen Marktanteil von 5% verfügt und ca. 600 Konzessionen besitzt, und sind von einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft verifiziert und zertifiziert worden.

der zuständigen Behörde. Dem Grundsatz der Gewerbefreiheit (§ 1 GewO) zufolge besteht auf die Erteilung einer solchen Erlaubnis ein Rechtsanspruch, wenn keiner der in Abs. 2 abschließend aufgeführten Versagungsgründe vorliegen. Demgemäß werden die Spielhallenerlaubnisse in der Praxis stets unbefristet erteilt, können allerdings mit Auflagen versehen werden. Die Zuständigkeit zur Regelung des Spielhallenrechts gemäß § 33i GewO ist mit dem Inkrafttreten der sog. Föderalismusreform I am 1. September 2006 auf die Länder übergegangen⁷.

In Ausübung dieser Kompetenz hat der Berliner Gesetzgeber die Vorschrift des § 33i GewO in § 2 Abs. 1 SpielhG Bln vollumfänglich durch ein eigenständiges Erlaubnisverfahren ersetzt, das nunmehr abschließend landesrechtlich normiert ist. In Bremen gilt gemäß § 1 Abs. 1 BremSpielhG § 33i GewO zwar fort, wird aber durch zusätzliche Anforderungen verschärft und „aufgeladen“. Der Entwurf des Hessischen Innenministeriums sieht in § 2 Abs. 1 gleichfalls eine eigene Spielhallenerlaubnis vor, lässt jedoch „Genehmigungserfordernisse nach anderen Rechtsvorschriften ... unberührt“, wobei unklar ist, ob dazu auch die bisherige Genehmigung nach § 33i GewO zählt, und wenn ja, wie sich beide Genehmigungen künftig zueinander verhalten, ob also eine der anderen vorgeht oder sie präjudiziert bzw. präkludiert und ob schließlich die zuständigen Landesbehörden zwei partiell deckungsgleiche Erlaubnisse erteilen müssen, um einem Antragsteller den Betrieb einer Spielhalle zu ermöglichen⁸.

Denselben Weg gehen der hessische Entwurf von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in § 3 Abs. 1⁹ und der Erste GlüÄndStV in § 24 i.V.m. § 4 Abs. 1, die „unbeschadet der Vorgaben des § 33i GewO“ (offenbar zusätzlich zur gewerberechtlichen Erlaubnis) eine gesonderte glücksspielrechtliche Erlaubnis verlangen. Eine Klarstellung ist dringend geboten. Außerdem fragt sich, ob das neue Spielhallenrecht der Länder nicht zu einer rechtsstaatlich bedenklichen Überreglementierung dieses Gewerbezweigs führt. Denn zum Betrieb einer Spielhalle waren bisher schon zwei weitere Genehmigungen für Aufstellunternehmer von Geld-Gewinnspielgeräten erforderlich: (1) die in § 33c Abs. 1 GewO vorgesehene Aufstellunternehmererlaubnis und (2) die von § 33c Abs. 3 GewO

7 Vgl. dazu das in Anm. 1 zitierte Schrifttum.

8 In der Begründung dazu heißt es: „Genehmigungspflichten nach anderen Rechtsvorschriften ergeben sich z.B. aus dem Gewerberecht oder dem Baurecht“ (S. 16). Soweit das Gewerberecht in Bezug genommen wird, könnten damit – wenn man von § 33i GewO einmal absieht – die Erlaubnispflicht bzw. das Bestätigungserfordernis aus § 33c Abs. 1 und 3 GewO gemeint sein.

9 Die Begründung lautet: „Genehmigungspflichten nach anderen Rechtsvorschriften können sich z.B. aus dem Baurecht ergeben“ (S. 8).

geforderte Geeignetheitsbestätigung, mit der für einen konkreten Aufstellungsort bescheinigt wird, dass der dortige Betrieb den Vorschriften der SpielV entspricht.

2. Raumnutzung und Raumgestaltung

Im Hinblick auf bestehende Mietverträge zur Nutzung und Gestaltung von Spielhallen muss zwischen Mietzeiten (a.), Mietzahlungen (b.) und Rückbauverpflichtungen (c.) in Fällen einer durch die Neuregelungen erzwungenen Betriebs- oder Geschäftsaufgabe unterschieden werden¹⁰.

a) Mietzeiten

Die vertraglich vereinbarten üblichen Mietzeiten für Spielhallen betragen im Mittel 15 Jahre, versehen mit einem mehrfachen Optionsrecht der Mieter auf Verlängerung um in der Regel 5 Jahre. Diese Verlängerungsoption kann zwischen ein- und dreimal ausgeübt werden; im Durchschnitt beträgt der optionale Verlängerungszeitraum dreimal fünf Jahre. Aufgrund der gesetzlichen Vorgaben in Bezug auf die Raumgestaltung von Spielhallen werden häufig insbesondere für Mehrfachkonzessionen vorgesehene Gebäude durch Investoren zum nahezu ausschließlichen Zweck des Betriebs einer Spielhalle errichtet. Die handels- und steuerrechtliche Abschreibungsdauer solcher Immobilien beträgt 33 Jahre und korrespondiert demgemäß annähernd mit den möglichen Mietlaufzeiten.

b) Mietzahlungen

Bei Fortführung der bestehenden Spielhallenbetriebe eines Referenzunternehmens (ohne Tochtergesellschaften) und der damit zusammenhängenden Mietverträge existieren für den Zeitraum des nächstmöglichen Laufzeitendes bis zum Stichtag des 30.06.2017 noch Mietzahlungsverpflichtungen aus den angemieteten Immobilien in Höhe von EUR 96,1 Mio. Die Ermittlung dieser Aufwendungen beruht auf der Annahme, dass das Bestehen eines Mietvertrages nach den jeweiligen vertraglichen Bedingungen über den gesamten Übergangszeitraum von

¹⁰ Den folgenden Angaben liegen bestätigte Aussagen über die gemieteten Objekte, den Beginn der Mietlaufzeiten, das Enddatum der Mietlaufzeiten, die Gesamtmietdauer, die Mietoptionen, das Laufzeitende bei Fortführung der Betriebe, die Anzahl der Monate ab Januar 2017 bis Optionsende, die Mieten ab Januar 2017 bis Optionsende, die Grundmieten pro Monat, die Abzinsungsfaktoren und die diskontierte Miete ab Januar 2017 bis Optionsende zugrunde.

5 Jahren gewährleistet ist und die Spielstätten bis zum Stichtag auch tatsächlich betrieben werden. Dieser Wert wurde bereits auf den 30.06.2017 abgezinst. Für die Mietzahlungsverpflichtungen der Dienstleistungszentralen (Bürogebäude und Lager) fallen – ebenfalls abgezinst auf den 30.06.2017 – weitere EUR 2,1 Mio. an.

c) Rückbauverpflichtungen

Darüber hinaus wurde in den Mietverträgen teilweise geregelt, dass nach Beendigung des Mietverhältnisses die angemieteten Räume (ggf. einschließlich der Fassade) wieder in den Zustand des Objekts bei Mietbeginn zurückgebaut werden müssen. Bei einer Geschäftsaufgabe nach Ablauf der Übergangsfrist am 30.06.2017 fallen somit Rückbaukosten an, die sich pro Konzession auf durchschnittlich EUR 44.300,00 belaufen würden. Hierbei ist im schlimmsten Fall von EUR 53.200,00, im günstigsten Fall von EUR 35.400,00 auszugehen. Der höhere Wert ergibt sich daraus, dass mangels Anschlussvermietung im Spielstättenbereich alle Einbauten vollständig zurückgebaut werden müssen, damit der Vermieter die Möglichkeit erhält, das Objekt auch an andere Gewerbetreibende zu vermieten. Im Referenzunternehmen bestehen bei 140 Spielhallen entsprechende Rückbauverpflichtungen, die im Durchschnitt auf 3,5 Konzessionen entfallen. Somit fallen bis zum Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist am 30.06.2017 Rückbaukosten in Höhe von EUR 21,7 Mio. an (berechnet aus 140 Spielhallen x 3,5 Konzessionen x EUR 44.300,00).

3. Abschreibungen

Im Hinblick auf die Amortisierung der üblicherweise von Spielhallenbetreibern getätigten Investitionen ist zwischen der Abschreibungsdauer für branchentypisches Anlagevermögen (a) und Abschreibungsfristen für Unterhaltungsgeräte oder Geldgewinnspielgeräte (b) zu unterscheiden. Hinzu kommen außerplanmäßige Abschreibungen der Restbuchwerte des Anlagevermögens (c).

a) Anlagevermögen

Für bauliche Anlagen von Spielhallen (Mietereinbauten, Klimaanlage sowie Alarm- und Überwachungsanlagen) in gemieteten Gebäuden betragen die gesetzlichen Abschreibungszeiten in der Regel bei gewerblichen Objekten 33 Jahre. Hierbei ist aber auch eine Reduzierung der Abschreibungsdauer auf die individuelle Laufzeit des jeweiligen Mietvertrags einschließlich beabsichtigter Mietverlängerungsoptionen zu

berücksichtigen. In der Praxis kann die Abschreibungsdauer daher beispielsweise zwischen 10 und 33 Jahre 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 der Nutzungsrechte/Konzessionen erfolgt ebenfalls grundsätzlich linear.

b) Spielgeräte

Die Abschreibungsfristen für Unterhaltungsautomaten betragen 5 Jahre und für Geld-Gewinnspielgeräte 4 Jahre. Allerdings werden die meisten Geldgewinnspielgeräte von den Spielhallenbetreibern lediglich angemietet (gleichfalls aufgrund längerfristiger Mietverträge), so dass nur eine geringe Anzahl beim Spielhallenbetreiber tatsächlich aktiviert und abgeschrieben wird. Die Abschreibung erfolgt beim Lieferanten/Hersteller.

c) Restbuchwerte

Die Restbuchwerte des Anlagevermögens bei Ablauf der Übergangsfrist am 30.06. 2017 setzen sich zusammen aus Aufwendungen zur Erlangung von Konzessionen (aa), für noch vorhandene Grundstücke, Gebäude und Außenanlagen (bb), für Mietereinbauten in Spielhallen (cc), für Außenwerbung (dd) und für den Fuhrpark (ee).

aa) Als Konzessionen (Nutzungsrechte) werden in der Regel Gebühren und Vermittlungsprovisionen für die Erlangung dieser Rechte bzw. für die Vermittlung von Grundstücken oder Mietverträgen aktiviert, mit denen der Betrieb einer bzw. mehrerer Spielstätten möglich ist. Die zum 30.06.2017 noch existierenden Restbuchwerte des Referenzunternehmens in Höhe von EUR 15,3 Mio. würden durch die Rechtsänderungen vollständig ihren Wert verlieren.

bb) Bei den Grundstücken, Gebäuden und Außenanlagen geht das Referenzunternehmen davon aus, dass diese Objekte zum Stichtag des 30.06.2017 zur Hälfte der Restbuchwerte veräußert werden können. Die außerplanmäßige Abschreibung würde sich in diesem Fall auf EUR 9,6 Mio. belaufen. Bei einer Tochtergesellschaft dieses Unternehmens, die vor allem Eigentümerin von Immobilien mit Spielstätten ist, welche sie an das Referenzunternehmen vermietet, würde die Abschreibung bei

einem Buchwert der Grundstücke von insgesamt EUR 57,2 Mio. demgemäß EUR 28,6 Mio. betragen.

cc) Die Mietereinbauten/Spielhalleneinbauten, zu denen der gesamte Innenausbau der Spielhallen gehört, sind so branchen- und betreiber-spezifisch, dass eine Wieder- oder Weiterverwertung kaum möglich ist. Die Restbuchwerte des Referenzunternehmens und ihrer inländischen Tochtergesellschaften in Höhe von EUR 28,7 Mio. müssten dann vollständig außerplanmäßig abgeschrieben werden.

dd) Das Gleiche würde für die zur Betriebs- und Geschäftsausstattung gehörenden Restbuchwerte für Außenwerbung und sonstige branchenspezifische Anlagegüter gelten, die bei dem Referenzunternehmen und seinen inländischen Tochtergesellschaften in Höhe von EUR 4,4 Mio. zu veranschlagen sind.

ee) Beim Fuhrpark nimmt das Referenzunternehmen an, dass die am Stichtag 30.06. 2017 noch vorhandenen Fahrzeuge zum Restbuchwert veräußert werden können.

4. Rentabilität

Die Erträge der Spielhallenbetriebe (Rentabilität) setzen sich im Regelfall aus den Zinsen des investierten Eigenkapitals (a) und dem Gewinn vor Steuern (EBIT) (b) zusammen.

a) Verzinsung

In der Spielhallenbranche sollte sich das investierte Eigenkapital nach Einschätzung der KPMG Deutsche Treuhand AG mit 10,25 % verzin-sen. Diese Beurteilung basiert auf Daten zum 31.12.2009 und ergibt sich aus einem risikolosen Basiseinsatz von 4,25 %, einer Marktrisikoprämie vor persönlichen Steuern von 5,00 % sowie einem verschuldeten Betafaktor von 1,2. Dieser Betafaktor wurde anhand einer Peer Group von Unternehmen der Unterhaltungsindustrie ermittelt.

b) Entgangener Gewinn

Darüber hinaus führt das Verbot von Mehrfachkonzessionen nach Ablauf der Übergangsfrist von 5 Jahren zu einer Situation, in der bei unveränderter Umsetzung der beschlossenen oder geplanten Änderungen der rechtlichen Rahmenbedingungen für das Spielstättengewerbe die betreffenden Spielhallen, für die solche Mehrfachkonzessionen existieren, nicht mehr wirtschaftlich betrieben werden können. Die Unternehmen gehen deshalb davon aus, dass es am 30.06.2017 zu einer Vielzahl von Geschäftsaufgaben kommen wird. Der für die Schadensfeststellung

maßgebliche entgangene Gewinn müsste konsequenterweise als Differenzbetrag zwischen dem Ertragswert des Unternehmens mit und ohne Berücksichtigung der Rechtsänderungen jeweils zum gleichen Bewertungsstichtag ermittelt werden.

Der Ertragswert ergibt sich aus dem prognostizierten, ausschüttbaren und diskontierten Gewinn künftiger Geschäftsjahre, ermittelt auf der Basis einer mehrjährigen integrierten Vermögens-, Finanz- und Ertragsplanung. Der Unterschiedsbetrag zwischen dem Ertragswert am 30.06.2012 ohne Rechtsänderung und dem Ertragswert am 30.06.2012 mit Rechtsänderung ergäbe den zum 30.06.2012 prognostizierten entgangenen Gewinn. In diesem entgangenen Gewinn wären neben den ab 2. Halbjahr 2017 anfallenden Umsatzerlösen auch die zum bzw. bis zum 30.06.2017 zurückzustellenden Aufwendungen aus der Rechtsänderung (z.B. Mietobligo ab Juli 2017, Rückbaukosten/Wiederherrichtungspflichten, Abfindungen, Sozialplankosten) und die außerplanmäßigen Abschreibungen auf Anlagevermögen enthalten. Die Höhe der durch die Rechtsänderungen den Spielhallenunternehmen entgehenden Gewinne zu beziffern, ist daher erst auf der Grundlage ihrer Bilanzen für das Geschäftsjahr 2011 möglich.

5. Personalkosten

Nach Aussage des Referenzunternehmens würden bei einer durch die Rechtsänderungen erzwungenen Einstellung des Geschäftsbetriebs von Spielhallen die möglichen Abfindungen im Rahmen eines zu erwartenden Sozialplans zum 30.06.2017 auf der Basis des folgenden Mengengerüsts kalkuliert werden: 1. Anzahl der Filialmitarbeiter (bzw. der zentralen Mitarbeiter), 2. durchschnittlicher Brutto-Jahresverdienst der Filialmitarbeiter (bzw. der zentralen Mitarbeiter), 3. durchschnittliche Dauer der Betriebszugehörigkeit der Filialmitarbeiter (bzw. der zentralen Mitarbeiter).

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass die Inhaber oder Betreiber von Spielhallen bei Ablauf der Übergangsfristen nicht nur mit dem Verfall ihrer bisherigen Erlaubnis nach § 33i GewO zu rechnen haben, sondern durch die beschlossenen oder geplanten Änderungen des Spielhallenrechts in den Ländern auch erhebliche Vermögenseinbußen erleiden würden, die mittelbar zugleich die Aufstellunternehmer und Hersteller von Unterhaltungs- oder Geld-Gewinnspielgeräten träfen. Zählt man beim Referenzunternehmen die durch Mietausfall, Rückbaupflichten und Wertberichtigungen entstehenden Schadenssummen bzw. Vermögenseinbußen zusammen, so ergeben sich Verluste von knapp 200 Mio. Euro. Da dieses Unternehmen lediglich über einen Marktanteil von 5% verfügt, beläuft sich der Gesamtschaden für die

ganze Spielhallenbranche auf ca. 4 Mrd. Euro. Damit stellt sich die Frage, ob die oben beschriebenen Übergangsregelungen im Lichte des einschlägigen Verfassungsrechts angemessen und ausreichend sind oder, falls nicht, Ausgleichsansprüche der betroffenen Unternehmen begründen.

V. Verfassungsrechtliche Maßstäbe des Bestandsschutzes

Die mit dem Übergang des „Rechts der Spielhallen“ (§ 33i GewO) in ausschließliche Landeskompetenz von einigen Ländern schon verabschiedeten oder geplanten Neuregelungen führen zu massiven Änderungen der bisherigen Rahmenbedingungen für das Spielhallengewerbe, die tief in die bestehenden Strukturen eingreifen und die Betreiber von Spielhallen nicht nur in ihrer beruflichen Betätigung, sondern auch in ihrem vermögensrechtlichen Status erheblich beeinträchtigen. Dazu gehören vor allem das (rückwirkende) Verbot von Mehrfachkonzessionen, Vorgaben für Mindestabstände zwischen einzelnen Spielhallen, Werbebeschränkungen, die Herabsetzung der Gerätezahl pro Spielhalle, die Einführung von Sperrsystemen und Zugangskontrollen, die Verschärfung von Aufklärungspflichten und nicht zuletzt erhöhte Anforderungen an die Befähigung, Schulung und Überwachung des eingesetzten Personals.

Ohne entsprechende Übergangsfristen – darin besteht weithin Konsens – wären derartige Eingriffe in die bestehenden Strukturen des Spielhallengewerbes eindeutig verfassungswidrig. Sie würden teils gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), teils gegen die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) verstoßen, sind aber nicht eigens Gegenstand des vorliegenden Gutachtens. Zu prüfen ist vielmehr, ob die oben beschriebenen Übergangsregelungen selbst den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, also ausreichend und angemessen sind, um die mit den Änderungen des Spielhallenrechts verbundenen Einbußen und Nachteile für die Spielhallenbetreiber in vertretbaren Grenzen zu halten. Da nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) der Vertrauens- und Bestandsschutz und als deren Ausprägung das Erfordernis von Übergangsregelungen nicht mehr allgemein aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 GG hergeleitet werden, sondern ihre Rechtfertigung, aber auch ihre Grenzen in den jeweils einschlägigen Spezialgrundrechten finden¹¹, muss in erster Linie an diejenigen Schutzbereiche angeknüpft

¹¹ Im Einzelnen dazu: *Manfred Aschke*, Übergangsregelungen als verfassungsrechtliches Problem, Frankfurt a.M. 1987, S. 360 ff.; *Stefan Muckel*, Kriterien

werden, welche sich für die einzelnen Übergangsregelungen als „sachnah“ erweisen. Als verfassungsrechtliche Maßstäbe kommen auch hier vor allem der Schutz des Eigentums aus Art. 14 Abs. 1 GG und die berufliche Betätigungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht. Darüber hinaus sind Übergangsregelungen, die sich auf Beschränkungen mit unechter Rückwirkung beziehen, weiterhin am allgemeinen Grundsatz des Vertrauensschutzes zu messen, wie er sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 und 3 GG, 28 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG) ergibt. Im Hinblick auf die Sonderregelungen zum Inhaberwechsel von Spielhallen, nach denen ein Rechtsnachfolger sofort eine neue Erlaubnis benötigt, die den geänderten Zulassungsvoraussetzungen unterliegt, kommt als weiterer Prüfungsmaßstab der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) in Betracht. Schließlich ist zu untersuchen, ob die sog. Härtefallklauseln, aufgrund derer im Einzelfall Ausnahmen von den neuen Abstandsgeboten bewilligt bzw. Befreiungen vom Verbot der Mehrfachkonzessionen erteilt werden können, dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz genügen.

1. Verfassungsrechtliche Vorfrage: Abgrenzung grundrechtlicher Normbereiche (insbesondere von Art. 14 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG)

Die bekannte „Faustregel“ des BVerfG, nach der Art. 14 GG mit dem Vermögen das „Erworbene“ und Art. 12 GG mit der Berufstätigkeit den „Erwerb“ schützen soll¹², ist auf gewerberechtliche Aktivitäten und ihre Genehmigungsvoraussetzungen nicht ohne Weiteres anwendbar. Denn die jeweilige Erlaubnis, auf deren Erteilung unter bestimmten Bedingungen ein Rechtsanspruch besteht, fällt im Hinblick auf ihre Behandlung durch die zuständigen Behörden unter beide Schutzbereiche. Wird sie versagt, richtet sich der Grundrechtsschutz nach Art. 12 Abs. 1 GG, weil die Nichtzulassung zu einer erlaubten Erwerbstätigkeit einen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellt. Ist hingegen die Erlaubnis erteilt, stellt sie für den Inhaber einen Vermögenswert dar, so dass ihr Entzug oder eine wesentliche Veränderung ihrer Nutzungsmöglichkeiten in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) fällt. Das Gleiche gilt für die entsprechenden Übergangsregelungen, soweit ihre Verfassungsmäßigkeit infrage steht, weil sie nicht für ausreichend oder

des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, Berlin 1989, S. 40 ff.

12 Vgl. z.B. BVerfGE 30, 292 <344>; 88, 366 <377>; zuletzt BVerfGE 126, 122 ff., Rn. 84; Scholz, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. II, Stand: Juli 2010, Art. 12 Rn. 147.

angemessen gehalten werden. Sie sind, was den Schutzbereich angeht, gleichsam akzessorisch, d.h. sie nehmen am selben Grundrechtsschutz teil, der für die Vorschriften maßgeblich ist, deren Übergang sie durch Einräumung einer Weitergeltungsfrist regeln. Daher ist es sinnvoll, für die einzelnen Änderungen des Spielhallenrechts zunächst die jeweiligen Schutzbereiche zu bestimmen, bevor die betreffenden Grundrechte oder Verfassungsprinzipien auf die Übergangsregelungen angewandt werden können.

2. Bestandsschutz im Normbereich der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG)

Das Grundgesetz definiert nicht ausdrücklich, was unter Eigentum im Sinne des Art. 14 GG zu verstehen ist. Bei der Beantwortung dieser Frage muss auf den Zweck und die Funktion der Eigentumsgarantie unter Berücksichtigung ihrer Bedeutung im Gesamtgefüge der Verfassung zurückgegriffen werden¹³. Die Eigentumsgarantie soll dem Grundrechtsträger einen Freiraum im vermögensrechtlichen Bereich erhalten und dem Einzelnen damit die Entfaltung und eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens ermöglichen¹⁴. Zu diesem Zweck soll der Bestand der grundrechtlich geschützten Rechtspositionen gegenüber Maßnahmen der öffentlichen Gewalt bewahrt werden¹⁵. Dabei ist es vor allem Sache des Gesetzgebers, eine Eigentumsordnung zu schaffen, die sowohl den privaten Interessen des Einzelnen als auch den Belangen der Allgemeinheit gerecht wird¹⁶. Welche Befugnisse einem Eigentümer in einem bestimmten Zeitpunkt konkret zustehen, folgt daher aus der Zusammenschau aller zu diesem Zeitpunkt geltenden, die Eigentümerstellung regelnden gesetzlichen Vorschriften. Aus der Gesamtheit jener verfassungsmäßigen Gesetze, die den Inhalt des Eigentums bestimmen, ergeben sich somit auch Gegenstand und Umfang des durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Bestandsschutzes und demgemäß zugleich, wann ein zur Entschädigung verpflichtender Rechtsentzug vorliegt¹⁷.

13 BVerfG NVwZ 2010, 771 ff., unter Hinweis auf BVerfGE 36, 281 <290>.

14 So BVerfGE 68, 193 <222> m.w.Nachw. Vgl. auch *Deppenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 14 Rn. 111; *Böhmer*, NJW 1988, 2561 (2566).

15 Vgl. BVerfGE 72, 175 <195>; 83, 201 <208>; 105, 252 <277>.

16 So BVerfGE 21, 73 <83>; 25, 112 <117 f.>; 37, 132 <140 f.>; 50, 290 <340>; 52, 1 <29>.

17 BVerfGE 49, 382 <393>; 58, 300 <336>.

Gemessen hieran stellt die auf der Grundlage einer gewerberechtlichen Erlaubnis nach § 33i GewO errichtete und in Betrieb genommene Spielhalle eine von Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Rechtsposition dar. Anknüpfungspunkt für den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz ist zunächst das zivilrechtliche Sacheigentum an der Anlage. Hierauf beschränkt sich der Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG allerdings nicht. Der Spielhallenbetreiber tätigt seine erheblichen Investitionen in die Anlage gerade auf der Grundlage der den Spielhallenbetrieb erst gestattenden gewerberechtlichen Erlaubnis. Aufgrund dieser Verknüpfung der verwaltungsrechtlichen Grundlagen des Spielhallenbetriebs mit den privatwirtschaftlichen Eigenleistungen des Spielhallenbetreibers umfasst der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz grundsätzlich auch die durch die gewerberechtliche Erlaubnis vermittelte Rechtsposition, zumal sie im kaufmännischen Sinne – wie oben näher ausgeführt – einen eigenen Vermögenswert darstellt¹⁸. Daher braucht vorliegend nicht entschieden zu werden, ob Art. 14 Abs. 1 GG das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb allgemein schützt – eine Frage, die das BVerfG bisher stets offengelassen hat¹⁹, auch wenn sie im Schrifttum überwiegend bejaht wird²⁰. Jedenfalls sind nicht nur natürliche Personen, sondern – in Verbindung mit Art. 19 Abs. 3 GG – auch inländische juristische Personen des Privatrechts Träger dieses Grundrechts²¹. Damit gewährleistet die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG Spielhallenunternehmern das Recht, Sach- und Geldeigentum zu besitzen, zu nutzen, zu verwalten und darüber zu verfügen²².

Versieht der Landesgesetzgeber die durch Art. 14 GG geschützte Rechtsposition aus der Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO mit einem Verfallsdatum, was praktisch bedeutet, dass eine bisher unbefristet erteilte Erlaubnis nachträglich in eine befristete umgewandelt wird und ein

18 Entschieden für die immissionsschutzrechtliche Genehmigung einer Legehennenanlage nach der Hennenhaltungsverordnung durch Beschl. des BVerfG, 3. Kammer des 1. Senats, a.a.O. (Anm. 10).

19 Vgl. BVerfGE 66, 116 <145>; 68, 193 <222 f.>; 77, 84 <118>; 81, 208 <227 f.>; 96, 375 <397>.

20 Dazu statt anderer: *Papier* in: Maunz/Dürig, GG, Bd. II, Stand: Juli 2010, Art. 14 Rn. 95 m.w.N.; *Depenheuer* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I., 6. Aufl. 2010, Art. 14 Rn. 132 ff.

21 BVerfGE 4, 7 <17>; 41, 126 <149>; 53, 336 <345>. Siehe auch *Depenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 14 Rn. 186; *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. II, Stand: Juli 2010, Art. 14 Rn. 217; *Wieland* in: Dreier, GG, Bd. I, 2. Aufl., 2004, Art. 14, Rn. 53 ff.

22 Vgl. BVerfGE 105, 17 <30>; 97, 350 <370>; *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. II, Stand: Juli 2010, Art. 14 Rn. 8.

Spielhallenbetreiber deshalb gezwungen ist, bis zum Ablauf der Übergangsfrist von 5 Jahren unter wesentlich veränderten Umständen eine neue Erlaubnis zu beantragen, so greift er in das Eigentumsrecht des Spielhallenunternehmers ein. Für die Frage der Verfassungsmäßigkeit jener Übergangsregelung ist zunächst entscheidend, wie der Eingriff selbst zu qualifizieren ist. Das Grundgesetz sieht mit der Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG einerseits und der Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG andererseits zwei prinzipiell verschiedene Eingriffsmöglichkeiten in das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum vor. Während die Enteignung auf den Entzug konkreter subjektiver Eigentumspositionen zielt, handelt es sich bei der Inhalts- und Schrankenbestimmung um die generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten, die den Inhalt des Eigentums neu gestalten und zu einer teilweisen oder wesentlichen Entleerung oder Umgestaltung der Rechtsposition führen²³. Da an die Rechtfertigung einer Inhalts- und Schrankenbestimmung andere Anforderungen gestellt werden als an die einer Enteignung, kommt es für die Verfassungsmäßigkeit der Beschränkung darauf an, ob sie als Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG oder als Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG zu qualifizieren ist.

Die Abgrenzung der Enteignung von der Inhalts- und Schrankenbestimmung hat sich im Laufe der Zeit gewandelt und bleibt bis heute umstritten²⁴. Einigkeit herrscht insoweit, als eine Enteignung den Entzug konkreter Rechtspositionen voraussetzt. So formuliert das BVerfG: *„Die Enteignung im verfassungsrechtlichen Sinn ist auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver Eigentumspositionen im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet“*²⁵. Davon zu unterscheiden sind die Inhalts- und Schrankenbestimmungen, also *„die generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum im Sinne der Verfassung zu verstehen sind. Sie ist auf die Normierung objektiv-rechtlicher Vorschriften gerichtet, die den Inhalt des Eigentumsrechts vom Inkrafttreten des Gesetzes an für die*

23 BVerfGE 52, 1 <27>; E 56, 249 <269>; E 58, 300 <327>; E 72, 66 <76>.

24 Vgl. zusammenfassend *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. II, Stand: Juli 2010, Art. 14 Rn. 523 ff.; *Deppenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 14 Rn. 403 ff.

25 BVerfGE 70, 191 <199 f.>. Ähnlich bereits BVerfGE 38, 175 <179 f.>. Ebenso in der jüngeren Rechtsprechung BVerfGE 100, 226 <240>; 101, 239 <259>; 102, 1 <15>; 112, 93 <109>; 114, 1 <59>.

Zukunft bestimmen“²⁶. Allerdings verlangt der 1. Senat des BVerfG in seiner jüngeren Rechtsprechung, dass eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG der Güterbeschaffung dienen muss. In seinem Beschluss zur Baulandumlegung vom 22.05.2001 führte er aus: „Die Enteignung setzt den Entzug konkreter Rechtspositionen voraus, aber nicht jeder Entzug ist eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG. Diese ist beschränkt auf solche Fälle, in denen Güter hoheitlich beschafft werden, mit denen ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchgeführt werden soll“²⁷. In früheren Entscheidungen hatte das BVerfG noch die Auffassung vertreten, eine Enteignung könne auch dann vorliegen, wenn der zugrundeliegende Eingriff *nicht* auf die staatliche Güterbeschaffung ziele; er müsse nur dem Wohl der Allgemeinheit dienen²⁸. Allerdings bezeichnete das BVerfG Güterbeschaffungsvorgänge auch dort bereits als „typisch“ für Enteignungen²⁹.

Ob eine Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG *stets* einen Vorgang der Güterbeschaffung erfordert, ist noch immer nicht endgültig geklärt, wird aber inzwischen zunehmend angenommen³⁰. Der 2. Senat des BVerfG hält dies jedoch in einer jüngeren Entscheidung nach wie vor für nicht zwingend erforderlich. So entschied er, dass der „Enteignungsbegriff (Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG) beschränkt ist auf die Entziehung konkreter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben, also weitgehend zurückgeführt ist auf Vorgänge der Güterbeschaffung“³¹. Folgte man ihm, könnte der Verfall unwiderruflicher Spielhalenerlaubnisse nach Ablauf der Übergangsfrist von 5 Jahren durchaus als Enteignung im Sinne von Art. 14 Abs. 3 GG zu qualifizieren sein, weil dadurch in die Substanz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingegriffen wird. Nach der neueren Rechtsprechung des ersten Senats würde jedoch eine Enteignung ausscheiden, wenn es sich um eine reine Beschränkung der Eigentumsnutzung han-

26 BVerfGE 52, 1 <27 f.>; E 58, 137 <144 f.>; E 58, 300 <330>; E 70, 191 <200>; E 100, 226 <240>.

27 BVerfGE 104, 1 <10>.

28 So noch BVerfGE 83, 201 (211); ebenso BVerfGE 24, 367 (394).

29 BVerfGE 74, 264 (280). Das ist auch folgerichtig, denn die Enteignung diene klassisch – schon im 19. Jahrhundert – der hoheitlichen Güterbeschaffung.

30 So *Papier*, in: Maunz/Dürig, GG, Bd. II, Stand: Juli 2010, Art. 14 Rn. 527; *Deppenheuer*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 14 Rn. 414; *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000, Art. 14 Rn. 58; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 14 Rn. 72. Dagegen ablehnend *Wieland*, in: Dreier, GG, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 14 Rn. 77.

31 BVerfGE 115, 97 <112>.

delt, ohne dass der öffentlichen Hand oder einem begünstigten Dritten Befugnisse oder Vorteile zugewiesen werden³². Würde man diesen Maßstab zugrunde legen, wäre die nachträgliche Befristung der Spielhallenerlaubnis keine Enteignung, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Denn die zeitliche Begrenzung der Gültigkeitsdauer von Spielhallenerlaubnissen nach § 33i GewO dient gerade nicht der hoheitlichen Beschaffung von Gütern, mit denen eine öffentliche Aufgabe erfüllt werden soll. Gesetzgeberisches Ziel ist es vielmehr, den Spielhallenbetreibern nach Ablauf der Übergangsfrist von 5 Jahren eine Rechtsposition zu entziehen, ohne sie auf den Staat oder Dritte zu übertragen.

Soweit keine Enteignung vorliegt (was nicht von vornherein ausgeschlossen werden kann), ist ein solcher Eingriff grundsätzlich auch dann statthaft, wenn mit ihm – wie oben dargestellt – erhebliche Vermögens-einbußen für Spielhallenbetreiber verbunden sind. Denn aus der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie kann nicht hergeleitet werden, dass eine vom Eigentumsrecht umfasste, vom Berechtigten ausgeübte Befugnis nach ihrem Entstehen für alle Zukunft unverändert erhalten bleiben müsse oder nur im Wege der Enteignung wieder genommen werden dürfte. Das BVerfG hat wiederholt entschieden, dass der Gesetzgeber bei der Neuordnung eines Rechtsgebiets nicht vor der Alternative steht, die alten Rechtspositionen zu konservieren oder gegen Entschädigung zu entziehen. Er kann im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG durch eine angemessene und zumutbare Übergangsregelung individuelle Rechtspositionen umgestalten, wenn Gründe des Gemeinwohls vorliegen, die den Vorrang vor dem berechtigten – durch die Bestandsgarantie gesicherten – Vertrauen auf den Fortbestand eines wohl erworbenen Rechts verdienen³³. Sollte sich die Übergangsregelung für das Auslaufen der Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO als angemessen und zumutbar erweisen, also eine zulässige Inhaltsbestimmung des Spielhalleneigentums darstellen (dazu unter VI.), können allerdings zur Kompensation dieser Vermögensverluste Ausgleichsansprüche entstehen (dazu unter VII.).

32 Vgl. auch *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 14 Rn. 77a.

33 Vgl. BVerfG, 1. Senat, Kammerbeschluss vom 24.02.2010 (1 BvR 27/09), Rn. 65, in: *SächsVBl.* 2010, S. 140 ff. unter Hinweis auf BVerfGE 31, 275 <285, 290>; 36, 281 <293>; 43, 242 <288>; 58, 300 <350 f.>.

3. Bestandsschutz im Normbereich der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)

Bevor zum Schutzbereich der Berufsfreiheit, bezogen auf das Spielhallengewerbe, konkret Stellung genommen werden kann, ist zunächst zu klären, ob das Grundrecht der Berufs- und Gewerbefreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG neben der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG Geltung beanspruchen kann. Die Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) schützt jedes vermögenswerte Recht und damit nicht nur das Recht am Unternehmen selbst, sondern auch die ihm zugeordneten Vermögenswerte. Das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Berufs- und Gewerbefreiheit³⁴. Mit dieser Maßgabe stehen die Grundrechte aus Art. 14 Abs. 1 GG und aus Art. 12 Abs. 1 GG prinzipiell nebeneinander, ohne dass eines der beiden Grundrechte durch das andere tatbestandlich verdrängt würde.

Obwohl beide Grundrechte funktional selbstständig sind, liegen ihre Schutzbereiche doch eng beieinander. Das bedeutet für den vorliegenden Fall, dass die Berufsfreiheit neben der Eigentumsgarantie uneingeschränkt Anwendung findet. Nichts anderes ergibt sich aus der Rechtsprechung des BVerfG, wonach das sachnähere Grundrecht vorrangig zur Geltung kommen und in seinem Anwendungsbereich die übrigen Grundrechtsgewährleistungen verdrängen soll³⁵. Die Rechtsprechungspraxis hat jedoch vielfach gezeigt³⁶, dass zahlreiche Sachverhalte die grundrechtlichen Gewährleistungen der Berufs- und der Eigentumsgarantie in der gleichen Weise berühren, ohne dass sich ein eindeutiger Schwerpunkt nach der Sachnähe ausmachen ließe³⁷. So wurden etwa Regelungen über die betriebliche Mitbestimmung der Arbeitnehmer³⁸ wie auch Bestimmungen über behördliche Genehmigungspflichten für die Neu- oder Wiederanpflanzung von Weinreben³⁹ durch das BVerfG ausdrücklich sowohl an der Eigentumsgarantie als auch an der Berufsfreiheit gemessen. Das BVerfG nimmt also nicht unter allen Umständen eine Zuordnung zum Schutzbereich eines einzigen Grundrechts

34 Vgl. zur Gewerbefreiheit BVerfGE 21, 261 <266>; 22, 380 <383>; 41, 205 <228>; 50, 290 <362>.

35 BVerfGE 102, 26 <40>; BVerfG NVwZ 2010, 1212 (1214).

36 Vgl. BVerfGE 21, 150 <160>; 50, 290 <361 f., 364 f.>.

37 Für eine „häufige wie bedeutsame Konstellation“ hält auch *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof, Bd. VIII, 3. Aufl. 2010, § 170 Rn. 130, die Idealkonkurrenz der Grundrechte aus den Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG in zahlreichen Sachverhaltskonstellationen. Ähnlich *Loritz*, BB 1993, 225 (226).

38 BVerfGE 50, 290 <361 f., 364 f.>.

39 BVerfGE 21, 150 <160>.

nach dem Kriterium der Sachnähe vor. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Schutzbereiche mehrerer Grundrechte gleichermaßen berührt sind. Da in vorliegender Konstellation eine schwerpunktmäßige Zuweisung anhand des Maßstabs der Sachnähe nicht in qualifizierter Weise und ohne Verkürzung des Bedeutungsgehalts eines der beiden Grundrechte möglich ist, müssen beide Grundrechtsgarantien nebeneinander zur Anwendung gelangen.

Demzufolge können auch nach den Kriterien des BVerfG die neuen landesrechtlichen Eingriffe in das bestehende Spielhallenrecht und die daran geknüpften Übergangsregelungen sowohl am Maßstab der Eigentumsgarantie als auch der Berufsfreiheit überprüft werden. Davon ausgenommen sind jedoch „die Begrenzung der Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter, für die der Schutz des Art. 14 GG grundsätzlich in Betracht kommt, sowie der Wertverlust der unternehmerischen Einheit“. Weil sie „nur mittelbare Folgen der angegriffenen Handlungsbeschränkungen“ sind, wird insoweit „Art. 14 Abs. 1 GG ... von Art. 12 Abs. 1 GG als dem sachnäheren Grundrecht verdrängt“⁴⁰. Mithin ist zwar nicht die durch die Spielhallenerlaubnis begründete Rechtsposition des Betreibers, die weiterhin den Eigentumsschutz genießt, wohl aber dessen Erwerbstätigkeit dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zuzuordnen⁴¹. Der – weit auszulegende – Begriff „Beruf“ im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG erfasst grundsätzlich jede auf Dauer angelegte und nicht nur vorübergehende, der Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung⁴². Die Tätigkeit als Spielhallenbetreiber bzw. Spielhallenunternehmer erfüllt diese allgemeinen Kriterien eines Berufs⁴³. Nach Art. 19 Abs. 3 GG steht auch dieses Grundrecht einer juristischen Person des Privatrechts zu, also z.B. einer GmbH oder einer sonstigen rechtsfähigen Unternehmensgruppe⁴⁴.

Die Berufsfreiheit kann nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG durch förmliches Gesetz oder aufgrund eines solchen Gesetzes durch Rechtsverordnung eingeschränkt werden. Bei derartigen Eingriffen ist zwischen Beschränkungen der freien Berufswahl – insbesondere in Gestalt subjektivi-

40 So BVerfGE 126, 112 <132>.

41 VGH Baden-Württemberg, Normenkontrollbeschluss vom 10.03.1995, in: GewArch 1995, 285 <288>.

42 Seit BVerfGE 7, 377 <397> std. Rspr.; vgl. auch BVerfG 54, 301 <313>; BVerwGE 22, 286.

43 BVerfG, Beschluss vom 27.03.1987, GewArch 1987, 194, zur Verfassungsmäßigkeit der Begrenzung der Zahl von Spielgeräten in Spielhallen.

44 Vgl. BVerfGE 65, 196 <210>; 97, 228 <252 f.> m.w.Nachw.; BVerwG NJW 1994, 2166.

ver oder objektiver Zulassungsbeschränkungen – und Regelungen der Berufsausübung zu unterscheiden. Während Einschränkungen der freien Berufswahl besonders strengen verfassungsrechtlichen Bindungen unterliegen, verfügt der Normgeber für Regelungen der Berufsausübung prinzipiell über einen erheblich größeren Gestaltungsspielraum⁴⁵. Allerdings können sich Regelungen der Berufsausübung auch auf das Recht der freien Berufswahl auswirken, wenn sie wegen ihrer Folgen faktisch eine sinnvolle Ausübung des in Rede stehenden Berufs überhaupt unmöglich machen⁴⁶. In solchen Fällen wird zugleich die Freiheit der Berufswahl beeinträchtigt, so dass die fragliche Regelung auch als ein Eingriff in dieses Grundrecht betrachtet werden muss. Dabei kommt es auf die generelle Wirkung einer Neuregelung hinsichtlich wirtschaftlich „gesunder“ Betriebe an. Vorschriften über die Berufsausübung können nur dann wegen ihrer wirtschaftlichen Folgen als Eingriff in die Berufswahlfreiheit eingestuft werden, wenn die betroffenen Berufsangehörigen in aller Regel und nicht nur in Ausnahme- oder in Sonderfällen wirtschaftlich nicht mehr in der Lage wären, den gewählten Beruf zur Grundlage ihrer Lebensführung zu machen⁴⁷. Es müssen also zumindest Anhaltspunkte dafür vorhanden sein, dass eine Neuregelung etwa Betriebe zum Erliegen bringen, d.h. dazu zwingen würde, den Betrieb mangels Aussicht auf Gewinnerzielung zu schließen oder den Beruf insgesamt aufzugeben. Ob und inwieweit das Verbot von Mehrfachkonzessionen für Spielhallen⁴⁸ und die verschiedenen Abstandsgebote⁴⁹ solche Auswirkungen haben können, wird im Zusammenhang mit den betreffenden Übergangsregelungen zu erörtern sein.

Handelt es sich hingegen „nur“ um Beschränkungen der Berufsausübung, müssen sie durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls legitimiert sein und dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit genügen. Das gewählte Mittel muss zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich sein. Darüber hinaus muss die dadurch bewirkte Beschränkung dem Betroffenen auch zumutbar sein (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn, Übermaßverbot). Je stärker die Freiheit der Berufs-

45 Seit BVerfGE 7, 377 ff. std.Rspr.; vgl. auch VGH Baden-Württemberg, a.a.O. (Anm. 39).

46 So BVerfGE 36, 47 <58 f.>; 61, 291 <309>.

47 Vgl. BVerfGE 68, 155 <170 f.>.

48 Vgl. § 2 Abs. 1 Satz 2 SpielhG Bln; § 2 Nr. 2 BremSpielhG; § 3 Abs. 1 Hess-SpielhG (Entwurf des Innenministeriums); § 25 Abs. 1 und 2 Erster GlüÄndStV.

49 Vgl. § 2 Abs. 1 Satz 3 SpielhG Bln; § 2 Nr. 1 BremSpielhG; § 3 Abs. 2 Hess-SpielhG (Entwurf des Innenministeriums); § 4 Abs. 2 HessSpielhG (Entwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN).

ausübung eingeschränkt wird, desto gewichtiger müssen die öffentlichen Belange sein, denen die Regelung zu dienen bestimmt ist⁵⁰. Zu solchen Berufsausübungsregelungen in den neuen Spielhallengesetzen und/oder -gesetzentwürfen der Länder gehören etwa die Sachkundenachweise für Inhaber von Spielhallen und deren Aufsichtspersonal⁵¹, die Anforderungen an das äußere Erscheinungsbild von Spielhallen⁵², die Werbebeschränkungen⁵³, die Anzahl der Geräte pro Spielhalle⁵⁴, das Verbot der Aufstellung von Geldausgabeautomaten⁵⁵, die Sperrzeiten⁵⁶, die Einführung von Zugangskontrollen⁵⁷, die Errichtung von Sperrsystemen⁵⁸, die Entwicklung von Sozialkonzepten⁵⁹ und zusätzliche Aufklärungspflichten⁶⁰.

Ob und inwieweit die dazugehörigen Übergangsregelungen noch durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt sind und dem Verhältnismäßigkeitsprinzip im obigen Sinne genügen, also angemessen und zumutbar sind, wird im nächsten Teil VI. näher zu prüfen sein. Dabei muss auch der Frage nachgegangen werden, ob die Neurege-

50 Vgl. statt anderer: BVerfGE 86, 28 <41 ff.>.

51 Vgl. §§ 2 Abs. 3 Nr.4 und 6 Abs. 3 SpielhG Bln, § 4 Abs. 1 Nr. 3 Brem-SpielhG (regelmäßige Personalschulungen); § 9 Abs. 9 SpielhG (Entwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN).

52 Vgl. § 4 Abs. 1 SpielhG Bln, § 5 BremSpielhG, § 3 Abs. 3 und 4 HessSpielhG (Entwurf des Innenministeriums); § 6 Abs. 1 HessSpielhG (Entwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN); § 26 Abs.1 ErsterGlüÄndStV.

53 Vgl. § 5 Erster GlüÄndStV.

54 Vgl. § 4 Abs. 2 und 3 SpielhG Bln; § 6 Abs. 2 HessSpielhG (Entwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN).

55 Vgl. § 4 Abs. 4 SpielhG Bln; § 3 Abs. 6 HessSpielhG (Entwurf des Innenministeriums); § 9 Abs. 7 HessSpielhG (Entwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN).

56 Vgl. § 5 Abs. 1 SpielhG Bln; § 8 Abs. 1 HessSpielhG (Entwurf des Innenministeriums); § 8 Abs. 1 HessSpielhG (Entwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN); § 26 Abs. 2 Erster GlüÄndStV.

57 Vgl. § 6 Abs. 4 SpielhG Bln; § 3 BremSpielhG; § 5 Abs. 2 Satz 2 HessSpielhG (Entwurf des Innenministeriums).

58 Vgl. § 6 Abs. 5 und 6 SpielhG Bln; § 4 Abs. 1 Nr. 5 BremSpielhG; §§ 5 und 6 HessSpielhG (Entwurf des Innenministeriums), § 7 Abs. 1 Nr. 2 HessSpielhG (Entwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN).

59 Vgl. §§ 2 Nr. 3, 4 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 BremSpielhG; § 4 Abs. 1 HessSpielhG (Entwurf des Innenministeriums), § 6 Erster GlüÄndStV.

60 Vgl. § 4 Abs. 2 BremSpielhG; § 4 Abs. 2 HessSpielhG (Entwurf des Innenministeriums); § 9 Abs. 1 HessSpielhG (Entwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN); § 7 Abs. 1 Erster GlüÄndStV.

lungen, welche ausdrücklich dazu bestimmt sind, die angebliche „Flut der Spielhallen“ einzudämmen, nicht in ihrer Gesamtheit gleichwohl „erdrosselnde“ Wirkungen haben, so dass sich das Regelungsgefüge in den neuen Spielhallengesetzen oder -gesetzentwürfen der Länder als Eingriff nicht nur in die Berufsausübungsfreiheit, sondern auch in die Freiheit der Berufswahl (Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG) erweist.

4. Bestandsschutz im Normbereich des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG)

Als weiterer verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab ist zusätzlich zu Art. 14 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG auch der Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) in Betracht zu ziehen, und zwar insofern, als – abweichend von der fünfjährigen Übergangsfrist, die für Inhaber von Spielhallenerlaubnissen nach § 33i GewO gilt – im Falle eines Inhaberwechsels der neue Betreiber nach § 15 Abs. 1 Satz 3 HessSpielhG (Entwurf des Innenministeriums) mit dem Erwerb der Spielhalle einer „vorzeitigen“, d.h. sofortigen Erlaubnispflicht unterliegt. Damit werden Spielhallen innerhalb der Übergangsperiode praktisch unverkäuflich, was sich nicht nur als zusätzlicher, massiver Eingriff in die Berufsfreiheit eines potentiellen Veräußerers erweist, sondern diesen und den Erwerber auch ungleich behandelt, genauer: letzteren gegenüber ersterem benachteiligt. Mit anderen Worten: Durch die fehlenden Übergangsregelungen für Rechtsnachfolger oder Neueinsteiger in das Spielhallengewerbe wird jenen der Marktzugang praktisch versperrt⁶¹. Ob diese Ungleichbehandlung tatsächlich zu einem Verfassungsverstoß führt, wird im Zusammenhang mit den jeweiligen Übergangsvorschriften selbst geprüft (vgl. Teil VI). Hier soll zunächst nur der Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG in den Blick genommen werden.

⁶¹ Dies beanstandet zum Beispiel auch die EU-Kommission im Notifizierungsverfahren Nr. 2011/188/D des Ersten GlüÄndStV (Stand: 14. April 2011), der in § 29 Abs. 4 Satz 5 noch eine vorzeitige Erlaubnispflicht bei Inhaberwechsel vorsah. In der aktuellen Fassung des Ersten GlüÄndStV (Stand: Oktober 2011) ist diese Regelung gestrichen worden. In dem Schreiben des zuständigen Kommissars Algirdas Šemeta vom 18. Juli 2011 heißt es: „Die deutschen Behörden werden des Weiteren aufgefordert darzulegen, wie sie verhindern wollen, dass diese Bestimmungen zu ungleichen Bedingungen für die neuen Marktteilnehmer führen, die im Rahmen des neuen Gesetzentwurfs eine Konzession beantragen. Zeigten die Bestimmungen diese vorgenannte Auswirkung, würden sie nach Einschätzung der Kommission die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit für neue Marktteilnehmer weniger attraktiv machen und damit eine Beschränkung gemäß Artikel 56 AEUV darstellen“.

Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) verpflichtet als Menschenrecht, dessen Schutz gemäß Art. 19 Abs. 3 GG zugleich juristischen Personen oder Personenmehrheiten und somit auch den Wirtschaftsunternehmen „ihrem Wesen nach“ zusteht, den Staat, Gleiches gleich und Ungleiches seiner Eigenart entsprechend ungleich zu behandeln. Er richtet sich nicht nur – wie der Wortlaut „vor dem Gesetz“ vermuten lassen könnte – an die ausführenden Organe der öffentlichen Gewalt (Rechtsanwendungsgleichheit), sondern auch an den Gesetzgeber (Rechtsetzungsgleichheit). Sowohl bei der Auswahl der Vergleichsmerkmale als auch bei der Bestimmung der zu vergleichenden Tatbestände und des Ausmaßes der Gleich- oder Ungleichbehandlung verfügt der Gesetzgeber – anders als bei den absoluten Differenzierungsverboten des Absatzes 3 – über einen weiten politischen Gestaltungsspielraum. Ihm ist somit nicht von vornherein untersagt, Gleiches auch ungleich und Ungleiches gleich zu behandeln, wenn er sich dafür auf Gründe stützen kann, die den „Eingriff“ rechtfertigen, wenn er also seine Entscheidung nicht willkürlich getroffen hat.

Neuerdings beurteilt in solchen Fällen das BVerfG einen möglichen Gleichheitsverstoß nach der Schwere und dem Gewicht der jeweiligen Unterschiede und wendet damit auf die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung das Verhältnismäßigkeitsprinzip an. Demnach liegt eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes immer dann vor, wenn die Differenzen zwischen zwei Sachverhalten nicht von solcher Bedeutung und Tragweite sind, dass sie eine unterschiedliche Regelung zu begründen vermögen. Umgekehrt muss die Ungleichbehandlung geeignet, erforderlich und zumutbar sein, um ein legitimes Ziel zu erreichen, wenn sie vor Art. 3 Abs. 1 GG Bestand haben soll.

Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich somit je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen⁶². Art. 3 Abs. 1 GG ist jedenfalls verletzt, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt“⁶³. Weiterhin ist der allgemeine Gleichheitssatz auch dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten oder Normbetroffenen im Vergleich zu einer anderen anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche Behandlung rechtfertigen

62 Vgl. BVerfGE 88, 5 <12>; 88, 87 <96>; 101, 54 <101> in std.Rspr.

63 Seit BVerfGE 1, 14 <52>; std. Rspr, vgl. etwa BVerfGE 89, 132 <141>.

können⁶⁴. Hierbei kommt es wesentlich auch darauf an, in welchem Maß sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann⁶⁵. Genauere Maßstäbe und Kriterien dafür, unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall das Willkürverbot oder das Gebot verhältnismäßiger Gleichbehandlung durch den Gesetzgeber verletzt sind, lassen sich indes nicht abstrakt und allgemein, sondern nur bezogen auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche bestimmen⁶⁶. Dies wird im Rahmen der Anwendung jener verfassungsrechtlichen Maßstäbe auf die einzelnen Übergangsfristen geschehen (vgl. Teil VI).

5. Bestandsschutz im Normbereich des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 iVm Art. 2 Abs. 1 GG)

Die Gebote des Vertrauens- und Bestandsschutzes dienen der Rechtssicherheit und sind damit wesentliche Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG)⁶⁷. Rechtsstaatsprinzip und Grundrechte, namentlich Art. 2 Abs. 1 GG, begrenzen die Befugnis des Gesetzgebers, Rechtsänderungen vorzunehmen, die an Sachverhalte in der Vergangenheit anknüpfen. Die Verlässlichkeit der Rechtsordnung ist eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen⁶⁸. Jedoch geht der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz nicht so weit, den Staatsbürger vor jeglicher Enttäuschung seiner Erwartung in die Dauerhaftigkeit der Rechtslage zu schützen⁶⁹. Die schlichte Erwartung, das geltende Recht werde in der Zukunft unverändert fortbestehen, ist verfassungsrechtlich nicht geschützt⁷⁰. Das gilt auch für Bewilligungen oder Erlaubnisse, die dem Bürger die Ausübung eines Gewerbes gestatten, mit dem er seinen Lebensunterhalt verdient. Eine unabhängig vom Bewilligungsakt bestehende Erwartung des Bürgers, er werde – den Fortbestand der jeweiligen Rechtslage vorausgesetzt – in einer bestimmten zukünftigen Sachlage weiterhin gewinnbringend tätig sein können, ist mangels hinreichen-

64 Vgl. BVerfGE 55, 72 <88>; 93, 386 <397>.

65 BVerfGE 82, 126 <146>; 88, 87 <96>; 95, 267 <316 f.>.

66 BVerfGE 75, 108 <57>; std. Rspr des Zweiten Senats, z.B. BVerfGE 93, 319 <348 f.>; 93, 386 <397>; 101, 275 <291>; 103, 310 <318>; vgl. auch aus der Rechtsprechung des Ersten Senats BVerfGE 88, 5 <12 f.>; 88, 87 <96 f.>; 90, 226 <239>.

67 Vgl. BVerfGE 30, 392 <403>; 43, 242 <286>.

68 Vgl. BVerfGE 109, 133 <180>.

69 Vgl. BVerfGE 30, 367 <389>; 68, 287 <307>; 109, 133 <180>.

70 Vgl. BVerfGE 68, 193 <222>; 105, 17 <40>; 109, 133 <180 f.>.

der Konkretisierung kein solches geschütztes Recht. Denn die Verfassung gewährt keinen absoluten Schutz vor einer nachteiligen Umgestaltung der geltenden Rechtslage⁷¹. Eine schützenswerte Rechtsposition ergibt sich daher nicht schon in der voraussichtlichen Einschlägigkeit bestimmter Vorschriften in der Zukunft.

Bei einer Veränderung der rechtlichen Rahmenbedingungen für wirtschaftliches Handeln ist je nachdem, ob sie sich nur in der Zukunft auswirkt oder auch für die Vergangenheit gilt, zwischen unechter und echter Rückwirkung zu unterscheiden. Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn ein Gesetz nachträglich ändernd in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift oder wenn der Beginn seiner Anwendung auf einen Zeitpunkt festgelegt ist, der vor dem Zeitpunkt liegt, zu dem die Norm durch ihre Verkündung rechtlich existent, das heißt gültig geworden ist⁷². Eine unechte Rückwirkung oder tatbestandliche Rückanknüpfung liegt vor, wenn eine Norm auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte oder Rechtsbeziehungen für die Zukunft einwirkt und damit zugleich die betroffene Rechtsposition nachträglich entwertet⁷³ oder wenn die Rechtsfolgen einer Norm zwar erst nach ihrer Verkündung eintreten, deren Tatbestand aber Sachverhalte erfasst, die bereits vor der Verkündung „ins Werk gesetzt“ worden sind⁷⁴. Darunter fallen vorliegend alle Regelungen in den Spielhallengesetzen oder -entwürfen der Länder, welche die bauliche Situation der Spielhallen betreffen. Die neuen Abstandsgebote und Verbote von Mehrfachkonzessionen treffen eine bestehende Spielhallenstruktur, deren Veränderung nach Maßgabe jener Vorschriften – wie oben dargelegt – an zahlreichen Spielhallenstandorten zumindest erhebliche Um- oder Rückbauten erforderlich machen, wenn nicht gar zur Einstellung des Spielbetriebs führen würden.

Daraus ergeben sich verfassungsrechtliche Grenzen für belastende Gesetze auch in Fällen einer sog. unechten Rückwirkung. Zwar sind derartige Gesetze grundsätzlich zulässig. Der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes kann aber je nach Lage der Verhältnisse im einzelnen Fall der Regelungsbefugnis Schranken setzen⁷⁵. Bei der Aufhebung und Modifizierung geschützter Rechtspositionen hat der Gesetzgeber auch dann, wenn der Eingriff an sich verfassungsrechtlich zulässig ist, auf-

71 Vgl. BVerfGE 38, 61 <83>; 105, 17 <40>.

72 Vgl. BVerfG, Beschluss des 1. Senats vom 21. Juli 2010 – 1 BvL 11/06 u. a. –, juris, Rn. 71 m.w.N.).

73 Vgl. BVerfGE 69, 272 <309>; 72, 141 <154>; 101, 239 <263>; 123, 186 <257>.

74 Vgl. BVerfGE 72, 200 <242>; 97, 67 <79>; 105, 17 <37 f.>; 109, 133 <181>.

75 BVerfGE 30, 392 <402>; 39, 128 <143 ff.>; 43, 242 <286>.

grund des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine angemessene Übergangsregelung zu treffen⁷⁶. Für die Überleitung bestehender Rechtslagen, Berechtigungen und Rechtsverhältnisse steht dem Gesetzgeber ein breiter Gestaltungsspielraum zur Verfügung. Zwischen der sofortigen, übergangslosen Inkraftsetzung des neuen Rechts und dem ungeschmälerten Fortbestand begründeter subjektiver Rechtspositionen sind vielfache Abstufungen denkbar. Der Nachprüfung des BVerfG unterliegt nur, ob der Gesetzgeber bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe unter Berücksichtigung aller Umstände die Grenze der Zumutbarkeit überschritten hat⁷⁷. Dies wird in Teil VI. näher zu untersuchen sein.

6. Bestandsschutz im Normbereich des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG)

Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot soll sicherstellen, dass (1) der betroffene Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen kann, (2) die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuern- und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und (3) die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können⁷⁸. Der Anlass, der Zweck und die Grenzen des Eingriffs müssen in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden⁷⁹. Anhand der gesetzlichen Regelung muss der Betroffene die Rechtslage so erkennen können, dass er sein Verhalten danach auszurichten vermag und auf den Bestand der danach getroffenen Verwaltungsentscheidung vertrauen kann. Die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Norm erhöhen sich, wenn die Unsicherheit bei der Beurteilung der Gesetzeslage die Betätigung von Grundrechten erschwert⁸⁰. Für Ermächtigungen zur Abweichung von belastenden Vorschriften im Rahmen von Härtefallklauseln verlangt das Bestimmtheitsgebot zwar nicht, dass die konkrete Maßnahme vorhersehbar ist, wohl aber, dass die betroffene Person grundsätzlich erkennen kann, bei welchen Anlässen und unter welchen Voraussetzungen ein Verhalten mit dem Risiko der Verweigerung von Ausnahmen verbunden ist.

76 BVerfGE 21, 173 <183>; 25, 236 <248>; 31, 275 <284>; 32, 1 <22 f.>; 43, 242 <288>.

77 BVerfGE 43, 242 <288 f.>.

78 Vgl. BVerfGE 110, 33 <52 ff.>.

79 Vgl. BVerfGE 100, 313 <359 f., 372>; 110, 33 <53>.

80 Vgl. BVerfGE 83, 130 <145>; 86, 288 <311>; 108, 52 <75>; 110, 33 <53>.

Die Anforderungen an die Bestimmtheit und Klarheit der Norm dienen ferner dazu, die Verwaltung zu binden und ihr Verhalten nach Inhalt, Zweck und Ausmaß zu begrenzen⁸¹. Dies setzt voraus, dass hinreichend klare Maßstäbe bereitgestellt werden. Die Entscheidung über die Grenzen der Freiheit des Bürgers darf nicht einseitig in das Ermessen der Verwaltung gestellt sein⁸². Dem Gesetz kommt im Hinblick auf den Handlungsspielraum der Exekutive eine begrenzende Funktion zu, die rechtmäßiges Handeln des Staates sichern und dadurch auch die Freiheit der Bürger schützen soll. Darüber hinaus sollen Normenbestimmtheit und Normenklarheit die Gerichte in die Lage versetzen, die Verwaltung anhand rechtlicher Maßstäbe zu kontrollieren. Das gilt auch, wenn das Gericht schon vor Ergreifen der Maßnahme oder bei ihrem weiteren Vollzug zur Kontrolle der Verwaltung eingeschaltet und mit der Prüfung der Bestimmtheit des Ermächtigungsrahmens befasst wird⁸³.

Das rechtsstaatliche Gebot der Gesetzesbestimmtheit zwingt den Gesetzgeber zwar nicht, Regelungstatbestände stets mit genau erfassbaren Maßstäben zu umschreiben. Der Gesetzgeber ist aber gehalten, seine Regelungen so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist⁸⁴. Bei der Frage, welche Bestimmtheitsanforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, ist auch die Intensität der Einwirkungen auf die Regelungsadressaten zu berücksichtigen⁸⁵. Die Rechtsunterworfenen müssen in zumutbarer Weise erkennen können, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen⁸⁶. Dabei reicht es aus, wenn sich dies im Wege der Auslegung der einschlägigen Bestimmung mit Hilfe der anerkannten Auslegungsregeln feststellen lässt⁸⁷. Ob dies vorliegend bei den Härtefallklauseln in den neuen Landesgesetzen oder -entwürfen, welche den zuständigen Behörden die Befugnis einräumen, das Abstandsgebot zwischen Spielhallen nach unten zu modifizieren, also im Einzelfall auch geringere Abstände zuzulassen⁸⁸, den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Be-

81 Vgl. BVerfGE 56, 1 <12>; 110, 33 <54>.

82 Vgl. BVerfGE 78, 214 <226>.

83 Vgl. BVerfGE 110, 33 <54 f.>.

84 Vgl. BVerfGE 49, 168 <181>; 78, 205 <212>.

85 Vgl. BVerfGE 49, 89 <133>.

86 Vgl. BVerfGE 37, 132 <142>; 59, 104 <114>.

87 Vgl. BVerfGE 21, 209 <215>; 79, 106 <120>.

88 So etwa § 2 Abs. 1 Satz 5 SpielhG Bln; § 3 Abs. 2 Satz 2 HessSpielhG (Entwurf des Innenministeriums).

stimmtheitsgrundsatzes entspricht, wird ebenfalls im Teil VI. näher zu erörtern sein.

VI. Anwendung auf die Übergangsregelungen

Die Schaffung der oben beschriebenen Übergangsregelungen in den neuen Spielhallengesetzen oder -entwürfen einiger Länder ist nicht nur eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit, sondern zugleich Ausdruck der Tatsache, dass der Gesetzgeber auch verfassungspolitisch ein Bedürfnis nach Abmilderung eines allzu abrupten Übergangs in eine neue Spielhallenstruktur anerkennt. Das ist grundsätzlich zu begrüßen. Die Frage ist jedoch, ob diese Übergangsregelungen ihrerseits angemessen, zumutbar und ausreichend sind, um den gegenwärtigen Spielhallenbetreibern oder ihren Rechtsnachfolgern die Fortführung oder Übernahme der gewerblichen Unternehmen ohne unbillige Vermögenseinbußen oder berufliche Nachteile zu gestatten. Um dies festzustellen, bedarf es zunächst einer allgemeinen Betrachtung der Funktion von Übergangsregelungen, der verschiedenen Formen ihrer gesetzlichen Ausprägung sowie der verfassungsrechtlichen Grenzen des diesbezüglichen gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums (1.), bevor die Übergangsregelungen in jenen Gesetzen oder Entwürfen einzeln in den Blick genommen und anhand der oben dargestellten Maßstäbe gewürdigt und geprüft werden können (2.).

1. Übergangsregelungen als Instrumente des Bestands- und Vertrauensschutzes

a) Eigenart und Funktion

Um den Interessenwiderstreit zwischen privaten Inhabern von Rechten oder rechtlich geschützten Positionen an deren unverändertem Fortbestand einerseits und dem öffentlichen Bedürfnis nach Umgestaltung oder Anpassung einer bestimmten Rechtslage andererseits auszugleichen oder wenigstens abzumildern, kann sich der Gesetzgeber des Instruments sogenannter Übergangsregelungen bedienen. In manchen Fällen muss er es sogar, wenn die Schaffung von „Übergangsgerechtigkeit“⁸⁹ auf andere Weise nicht möglich ist. Gelegentlich werden solche Übergangsregelungen auch als „Mittel zur Herstellung praktischer Konkordanz“ bezeichnet⁹⁰. Sie seien eine Rechtsfolge des Vertrauensschut-

89 Dazu *Michael Kloepfer*, Übergangsgerechtigkeit bei Gesetzesänderungen und Stichtagsregelungen, in: DÖV 1978, S. 225 ff.

90 So *Muckel*, a.a.O. (Anm. 9), S. 119 ff.

zes. Wenn die im Hinblick auf die Zukunft getätigten Dispositionen des Bürgers mangels dauernder Bindung sich nachträglich als fruchtlos erwiesen, könnten sie doch durch eine angemessene Übergangsfrist berücksichtigt werden⁹¹.

Außerdem können Übergangsregelungen die Härte einer (unechten) Rückwirkung abschwächen, indem sie gewisse Ausgleichs- und Kompensationsmöglichkeiten bieten. Im Konflikt zwischen privatem Bestands- und staatlichem Änderungsinteresse wird damit das Tor zu Entschädigungen geöffnet, um den durch die Enttäuschung des Dispositionsvertrauens entstehenden Vermögensschaden des Bürgers wenigstens in finanziellen Grenzen zu halten. Auch wenn die Übergangsvorschriften selbst in der Regel keine Anspruchsgrundlage für solche staatlichen Ersatzleistungen enthalten, würde sich gleichwohl aus der Tatsache, dass, wenn sie nicht ausreichend sind, der mit den Rechtsänderungen verbundene Eingriff den Weg zu solchen Kompensationszahlungen weisen, die dann gesetzlich zu regeln wären.

Schließlich kann der Gesetzgeber durch Einfügung einer angemessenen Übergangsregelung das Verdikt der Verfassungswidrigkeit seines Handelns vermeiden. Damit steht er nicht vor der Alternative, entweder auf eine Neuregelung ganz zu verzichten oder Gefahr zu laufen, dass sie für unzulässig erklärt wird. Die Frage, ob im letzteren Fall der Verfassungsverstoß im Erlass der Neuregelung oder im Unterlassen angemessener Übergangsvorschriften liegt, ist bisher nicht abschließend geklärt. Das BVerfG hatte zunächst entschieden, dass das Grundrecht eines Beschwerdeführers aus Art. 12 Abs. 1 GG dadurch verletzt sei, dass das Gesetz „es unterlassen habe, eine Übergangsregelung zu treffen ...“⁹². Wenig später erklärte es in einem ähnlichen Fall das Gesetz wegen Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG selbst für verfassungswidrig⁹³. Letztlich kann dieses Problem jedoch dahingestellt bleiben, weil es im Streitfall nur für die Tenorierung eines Richterspruchs von Bedeutung ist⁹⁴.

Im Wirtschaftsleben sind solche Übergangsregelungen besonders wichtig. Denn nicht selten hängt von ihnen der Fortbestand ganzer Unternehmenszweige ab. Wird beispielsweise eine gesetzliche Regelung, deren Aufrechterhaltung für einen bestimmten Betrieb existenznotwendig ist, derart verändert, dass dieser Betrieb in Zukunft nicht mehr profita-

91 Vgl. *Beatrice Weber-Dürler*, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel 1983, S. 128 ff., 138 ff.

92 BVerfGE 21, 173 <174>.

93 BVerfGE 32, 1 <2>.

94 So auch *Bodo Pieroth*, Rückwirkung und Übergangsrecht. Verfassungsrechtliche Maßstäbe für intertemporale Gesetzgebung, Heidelberg 1979, S. 153.

bel weitergeführt werden kann, dann wird er für den Inhaber wertlos. Mit anderen Worten: Jeder Unternehmer benötigt vor allem Investitionssicherheit und ist, um dem staatlichen Anpassungsdruck standhalten zu können, unverzichtbar auf Bestandsschutz angewiesen⁹⁵. Das Gewerberecht verleiht ihm in § 1 Abs. 2 GewO eine herausragende Bedeutung. Dort heißt es: „Wer gegenwärtig zum Betrieb eines Gewerbes berechtigt ist, kann von demselben nicht deshalb ausgeschlossen werden, weil er den Erfordernissen dieses Gesetzes nicht genügt“. Diese Vorschrift wird in der Literatur bereits verallgemeinert und als eine „gewerberechtliche Generalklausel des Vertrauensschutzes“ bezeichnet⁹⁶. Ihr zufolge verlangt der dadurch verstärkte gewerberechtliche Bestandsschutz „angemessene Übergangsregelungen...; sie müssen es – je nach Zeit, Art und wirtschaftlicher Bedeutung der gewerblichen Tätigkeit – u.U. ermöglichen, die geschäftlichen Beziehungen ohne wirtschaftliche Einbußen abzuwickeln und müssen im Einzelfall ... auf den Zwang zur Berufsaufgabe möglicherweise ganz verzichten“⁹⁷. Gemessen an diesen generellen Vorgaben lässt sich schon jetzt feststellen, dass die oben beschriebenen Übergangsvorschriften in den neuen Spielhallengesetzen oder -entwürfen der Länder sowie im Ersten GlüÄndStV jenen erhöhten Anforderungen des gewerberechtlichen Bestandsschutzes nicht gerecht werden.

b) Instrumente und Techniken

Im konkreten Einzelfall verfügt der Gesetzgeber über ein breit gefächertes Instrumentarium an transitorischen oder provisorischen Bestimmungen und Techniken zur Sicherung des Bestandsschutzes mit vielerlei Varianten und Kombinationsmöglichkeiten. Ihnen allen gemeinsam ist die Funktion der Überbrückung von Zeiträumen zwischen dem Inkrafttreten einer Rechtsänderung und deren Anwendung auf bestandsgeschützte Sachverhalte. In Betracht kommt etwa eine Beschränkung des neuen Rechts auf künftige Fälle, die Einräumung von Übergangsfristen für Altfälle, die zeitlich und/oder sachlich begrenzte Aufrechterhaltung des alten Rechts, die Verwendung von Härtefallklauseln, die Gewährung von Anpassungshilfen, ja sogar der vollständige oder teilweise Ersatz des Vertrauensschadens. Für die Praxis des Überleitungsrechts gibt es nämlich nicht nur eine Zäsur zwischen Vergangenheit

95 Vgl. *Karl Heinrich Friauf*, Bestandsschutz zwischen Investitionssicherheit und Anpassungsdruck, in: *WiVerw* 1989, S. 121 ff.

96 So *Horst Sandler*, Vertrauensschutz im Wirtschaftsrecht, in: *WiVerw* 1979, S. 235 ff. (237).

97 *Ebenda*, S. 236. So auch *BVerfG* 21, 173 <183>.

und Zukunft, altem und neuem Recht, sondern eine Fülle von Stufen des Bruchs, der Umgestaltung und Anpassung bestehender Rechtswirkungen.

Deshalb wird angenommen, dass dem Gesetzgeber für die Regelung des Übergangs von der alten zu einer neuen Ordnung eines Lebensbereichs ein weiter Gestaltungsspielraum zur Verfügung steht⁹⁸. In der Regel lassen sich also der Verfassung keine allgemein gültigen Maßgaben für die Einzelheiten der Geltung des neuen Rechts entnehmen. Besonderheiten von Einzelfällen können schon deshalb nicht berücksichtigt werden, weil Übergangsvorschriften ebenso wie die neuen Rechtsänderungen notwendig abstrakt-generellen Charakter haben. Der Gesetzgeber hat ein legitimes Interesse daran, den mit der Neuregelung verfolgten Zweck optimal, also möglichst effektiv zu verwirklichen. Für verschiedene von einer Rechtsänderung betroffene Sachverhalte können jeweils spezielle Übergangsregelungen getroffen werden. Zu feine Abstufungen hierbei könnten jedoch dazu führen, dass die praktische Anwendung der Übergangsregelungen entweder erheblich erschwert oder ganz ausgeschlossen würde. Dann wäre die Praktikabilität der Übergangsregelungen nicht mehr gewährleistet. Auch dieser Gesichtspunkt ist bei der Ausformung des Übergangsrechts zu berücksichtigen.

c) Schranken

Allerdings unterliegt der Übergangsgesetzgeber trotz jenes weiten Gestaltungsspielraums auch verfassungsrechtlichen Schranken. Bei der Aufhebung oder Modifizierung geschützter Rechtspositionen hat er auch dann, wenn der Eingriff an sich verfassungsrechtlich zulässig ist (woran vorliegend erhebliche Zweifel angebracht sind, in der Sache aber nicht Stellung genommen wird), aufgrund des rechtsstaatlichen Prinzips der Verhältnismäßigkeit eine Überleitungsregelung zu treffen, die im Einzelfall angemessen ist⁹⁹. Der verfassungsgerichtlichen Nachprüfung unterliegt, „ob der Gesetzgeber bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe unter Berücksichtigung aller Umstände die Grenze der Zumutbarkeit überschritten hat“¹⁰⁰. Mit anderen Worten: Die Übergangsregelung muss so ausgestaltet sein, dass sie das staatliche Änderungsinteresse und das gegenläufige private Bestandsinteresse

98 Vgl. BVerfGE 43, 242 <288>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des 1. Senats vom 30.11.2010 (1 BvL 3/07), Rn. 49.

99 BVerfGE 21, 173 <183>; 22, 275 <276>; 25, 236 <248>; 31, 275 <284>; 32, 1 <22 f.>; 36, 281 <293>; 43, 242 <288>.

100 BVerfGE 43, 242 <288 f.>.

optimal (nicht maximal) zum Ausgleich zu bringen vermag. Sie muss nach Maßgabe der „Belastungsgleichheit“ in doppelter Weise geeignet sein, nicht nur das Änderungsvorhaben zu realisieren, sondern auch den Vertrauenstatbestand des Einzelnen zu schonen. Darüber hinaus muss sie auch erforderlich, d.h. unvermeidbar sein und darf nicht durch die Möglichkeit eines verzögerten Inkrafttretens der Gesetzesänderungen insgesamt als milderes Mittel gleichsam „überholt“ werden. Schließlich ist die objektive Angemessenheit und subjektive Zumutbarkeit der Übergangsvorschriften zu prüfen; die verwendeten Mittel bzw. Instrumente müssen in einer vertretbaren Relation zu den von ihnen verfolgten Zwecken stehen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn).

Die Abwägung widerstreitender Interessen erfolgt auf der Grundlage des aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herleitbaren „Prinzips der größtmöglichen Schonung eines erworbenen Besitzstandes“¹⁰¹. Dabei sind zugleich diejenigen Abwägungskriterien zu berücksichtigen, die sich aus dem besonderen Bestandsschutz ergeben, wie ihn die jeweiligen Spezialgrundrechte verbürgen, an denen der Eingriff selbst zu messen ist. Außerdem kommt es entscheidend auf die Ziele an, die mit den neuen Landesgesetzen oder -entwürfen zum Spielhallenrecht verfolgt werden. Mit dem SpielhG Bln werde – laut Vorblatt des Gesetzentwurfs vom 4. April 2011 – angestrebt, „die Verdichtung des Spielangebots einzudämmen sowie einen verbesserten Spielerschutz durchzusetzen“¹⁰². Das BremSpielhG ist ergangen, um „der Dynamik des gewerblichen Automatenmarktes, die sich im Vorfeld der bevorstehenden Regulierung aktuell merklich beschleunigt, durch Begrenzung entgegenzuwirken“¹⁰³. Auch der von der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Hessischen Landtag eingebrachte Gesetzentwurf soll dem Ziel dienen, „die Verdichtung des Spielangebotes einzudämmen und einen verbesserten Spielerschutz durchzusetzen“. Weiter heißt es: „Vorrangige Maßnahme zur Erreichung dieser Ziele ist die Verschärfung der Erlaubnisvoraussetzungen für Spielhallenbetreiberinnen und -betreiber“¹⁰⁴. Damit verfolgen die neuen Spielhallengesetze oder -entwürfe expressis verbis ganz offensichtlich berufslenkende und -beschränkende Absichten. Soweit es um die Reduzierung oder Beseitigung bestehender Mehrfach-

101 So *Muckel*, a.a.O. (Anm. 9), S.128 f.

102 Landtagsdrucksache 16/4027, S. 1 (Vorblatt). Auf S. 9 der allgemeinen Begründung heißt es: „Ferner soll das weitere Anwachsen von Spielhallen insbesondere auch in Form so genannter Mehrfachkomplexe verhindert werden“.

103 Gesetzesbegründung vom 5. April 2011 in: Landtagsdrucksache 17/1736, S. 6.

104 Landtagsdrucksache 18/3965, S. 1 (Vorblatt).

konzessionen geht, können sie sogar enteignungsgleiche Wirkung entfalten. In Anbetracht dieser massiven Eingriffsziele kommt bei der Abwägung zwischen dem staatlichen Änderungsinteresse und dem Bestandsinteresse der Spielhallenbetreiber jedenfalls für die Frage der Zumutbarkeit von Übergangsregelungen dem Betreiberschutz von vornherein schon generell ein Vorrang zu.

Schließlich spielt bei der Abwägung auch die staatliche Mitverantwortung für die Schaffung von Vertrauenstatbeständen eine wichtige Rolle. Greift die Neuregelung – wie vorliegend – in einen Vertrauenstatbestand ein, der durch staatlich veranlasstes Vertrauen und intendierte Dispositionen begründet worden ist, muss aus Gründen des Vertrauensschutzes eine möglichst großzügige Übergangsregelung geschaffen werden. Sie wird die bestehenden Vertrauenstatbestände entweder vollständig von der Neuregelung ausnehmen müssen, wenn Umdispositionen überhaupt nicht oder nur mit unvertretbar hohem Aufwand möglich sind, oder aber eine ausreichende Frist setzen, die genügend Zeit für eine Neuorientierung lässt¹⁰⁵. Konnte das Gesetz dagegen nur ein spekulatives Vertrauen des Bürgers begründen, weil dieser mit den Änderungen rechnen musste und sich schon vor ihrem Inkrafttreten darauf einzustellen in der Lage war, ist der Gesetzgeber nicht auf eine bestimmte Form des Übergangs festgelegt. Sein Spielraum ist hier größer als in Fällen staatlich veranlassten oder bestätigten Vertrauens. Der Gesetzgeber kann vielfältige Überlegungen anstellen und Differenzierungen vornehmen. Anhand solcher Leitlinien kann er danach unterscheiden, ob die Neuregelung in bereits entstandene Rechtspositionen eingreift oder lediglich die Entstehung neuer Rechtspositionen für die Zukunft vereitelt. Auch kann er sowohl die Intensität des Eingriffs als auch die dem Betroffenen zur Verfügung stehenden Mittel und Kapazitäten in Rechnung stellen, welche jener zur Ein- und Umstellung auf die neue Rechtslage benötigt. Über diese generellen Richtlinien hinaus sind nunmehr die einzelnen Übergangsregelungen in den neuen Spielhallengesetzen und -entwürfen der Länder selbst in den Blick zu nehmen und anhand der entwickelten Maßstäbe auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen.

105 *Walter Leisner*, Das Gesetzesvertrauen des Bürgers, in: Festschrift für Friedrich Berber, hrsg. von D. Blumenwitz u.a., München 1973, S. 273 ff (295). Er fordert darin den unbedingten Schutz von Dispositionen, „die nicht mehr oder nur unter unzumutbarem Aufwand abänderbar sind“.

2. Übergangsregelungen im neuen Spielhallenrecht der Länder

Die verschiedenen, teilweise abgestuften und miteinander verknüpften Übergangsregelungen in den neuen Spielhallengesetzen oder -entwürfen einzelner Länder (Berlin, Bremen, Entwürfe in Hessen) oder der Ländergesamtheit (Erster GlüÄndStV) reagieren in differenzierter Weise auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen des Bestands- und Vertrauensschutzes. Darüber hinaus sind die Änderungen des Spielhallenrechts, die in ihrer Gesamtheit zu einer tiefgreifenden Umgestaltung der bestehenden Spielhallenstruktur führen, mit ihrem Eingriffscharakter – wie bereits dargestellt – den Normbereichen mehrerer Grundrechte zuzuordnen, die zugleich dafür maßgeblich sind, ob der durch sie mitverbürgte Bestandsschutz durch jene Übergangsvorschriften angemessen und zumutbar gewährleistet ist. Deshalb wird bei der anschließenden Einzelbetrachtung nunmehr wie folgt vorgegangen: Zunächst sind die jeweiligen grundrechtlichen Anforderungen an den Bestandsschutz mit Bezug auf jede spezielle Übergangsregelung zu ermitteln. Sodann ist nach Maßgabe dieser Anforderungen im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der es vorliegend eher um das „Untermaßverbot“ geht¹⁰⁶, die Geeignetheit, Erforderlichkeit und Zumutbarkeit der betreffenden Übergangsregelung zu erörtern. Für den letzteren Aspekt der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn sind vor allem die Ziele oder Zwecke der einzelnen Übergangsvorschrift zu ermitteln und sie als Instrument des Bestandsschutzes zu ihren faktischen Wirkungen in Relation zu setzen. Sollte sich dabei herausstellen, dass die jeweilige Übergangsvorschrift nicht angemessen oder zumutbar ist, wäre sie verfassungswidrig, wobei dieser Verfassungsverstoß auch auf die dazugehörige Eingriffsnorm zurückwirken und sie gleichsam ebenfalls „infizieren“ kann. Selbst im Falle der Verfassungsmäßigkeit einzelner Übergangsregelungen könnte jedoch der durch den Eingriff verursachte Vermögensschaden bei Spielhallenunternehmen Ausgleichsansprüche begründen (dazu in Teil VII.).

106 Vgl. dazu *Vasileios Tzemos*, Das Untermaßverbot, Frankfurt am Main 2004; *Lars Peter Störring*, Das Untermaßverbot in der Diskussion. Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur, Berlin 2009. Dieses Prinzip hat vor allem für Fälle einer Nicht- oder Schlechterfüllung von staatlichen Schutzpflichten Bedeutung erlangt, kann aber auch für die Frage herangezogen werden, ob Übergangsregelungen den grundrechtlich garantierten Bestandsschutz ausreichend sichern.

a) Bestehende Spielhallenerlaubnisse

Die für gegenwärtige Betreiber wichtigste und letztlich auch eingreifendste Regelung ist die Begrenzung der Geltungsdauer von bestehenden Spielhallenerlaubnissen nach § 33i GewO auf *5 Jahre* ab dem Datum des Inkrafttretens des jeweiligen Gesetzes. Diese Übergangsfrist findet sich in vier der untersuchten Landesgesetze bzw. -entwürfe, nämlich in § 8 Abs. 1 SpielhG Bln, § 15 Abs. 1 HessSpielhG (Entwurf des Innenministeriums), § 14 Abs. 1 HessSpielhG (Entwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) und in § 29 Abs. 4 Satz 2 Erster GlüÄndStV. Das BremSpielhG gewährt zwar in § 8 Abs. 1 einen unbefristeten Bestandsschutz, der auch für Mindestabstände zwischen Spielhallen gilt, sieht aber ein Verbot von Mehrfachkonzessionen vor, das bei Neuansträgen für einen Zeitraum bis zu fünfeinhalb Jahren mit Stichtag des 31. Dezember 2016 übergangsweise ausgesetzt wird (§ 8 Abs. 1 iVm § 2 Nr. 2 BremSpielhG)¹⁰⁷. Eine Begründung für die Fünfjahresfrist der Weitergeltung vorhandener Spielhallenerlaubnisse wird nicht gegeben. Das SpielhG Bln räumt zwar ein, dass die Betreiber bestehender Spielhallen „einem hohen Anpassungsdruck ausgesetzt“ seien; sie hätten aber dank der Übergangsvorschrift des § 8 Abs. 1 Satz 1 „ausreichend Zeit, erforderliche Dispositionen zu treffen und können sich langfristig auf die Notwendigkeit, eine neue Erlaubnis beantragen zu können, einstellen“¹⁰⁸. Im Gesetzentwurf des Hessischen Innenministeriums heißt es zu § 15 Abs. 1 lapidar: „Die Vorschrift des Absatzes 1 regelt für eine Übergangszeit die Besitzstandswahrung“¹⁰⁹. Derselbe Satz findet sich in der Begründung zu § 14 des Entwurfs der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN im Hessischen Landtag¹¹⁰. Somit drängt sich der Eindruck auf, dass die Urheber dieser Gesetze oder Entwürfe eine wirkliche Abwägung, wie sie für die Frage der Angemessenheit und Zumutbarkeit von Übergangsregelungen im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips aus Verfassungsgründen zwingend erforderlich ist, überhaupt nicht vorgenommen haben. Vielleicht ist ihnen sogar noch nicht einmal bewusst gewesen, welche Umstände zu berücksichtigen sind, damit von einem „ausreichenden“ Zeitraum für die Umstellung von Altbetrieben auf die Neuregelungen tatsächlich gesprochen werden kann. Dies allein wäre als

107 § 8 Abs. 1 i.V.m. § 2 Nr. 2 BremSpielhG wird im Zusammenhang mit den Übergangsregelungen für das Verbot von Mehrfachkonzessionen unter b) geprüft.

108 Landtagsdrucksache 16/4027, S. 17.

109 Entwurf des Innenministeriums, S. 19.

110 Landtagsdrucksache 18/3965, S. 9.

ein Fall von „Abwägungsunterlassen“ schon für sich genommen ohne Weiteres ein Verfassungsverstoß.

aa) Mit der Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO und den entsprechenden Übergangsvorschriften ist der Bestandsschutz im Normbereich der Eigentumsgarantie (Art. 14 Abs. 1 GG) berührt¹¹¹. Nach der Judikatur des BVerfG hat der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauens- und Bestandsschutzes für vermögenswerte Güter (wozu auch die Spielhallenerlaubnis gehört) „im Eigentumsgrundrecht eine eigene Ausprägung und verfassungsrechtliche Ordnung gefunden“¹¹². Da es sich hierbei jedoch nicht um einen Güterbeschaffungsvorgang handelt, kommt als Prüfungsmaßstab lediglich Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG in Betracht. Mit anderen Worten: Die fünfjährige Übergangsfrist für bestehende Erlaubnisse, die versucht, die Folgen aus den Strukturveränderungen des Spielhallenrechts abzumildern, erweist sich (lediglich) als Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums¹¹³. Daran ist bei der Abwägung im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsprinzips anzuknüpfen.

Bei Regelungen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG muss der Gesetzgeber die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis bringen. Eine einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung steht mit den verfassungsrechtlichen Vorstellungen eines sozialgebundenen Privateigentums nicht in Einklang. Das Wohl der Allgemeinheit ist nicht nur der Grund für die dem Eigentümer aufzuerlegenden Beschränkungen, sondern auch deren Grenze. Um vor der Verfassung Bestand zu haben, müssen sie vom geregelten Sachbereich her geboten und auch in ihrer Ausgestaltung sachgerecht sein. Einschränkungen der Eigentümerbefugnis dürfen nicht weiter gehen, als der Schutzzweck reicht, dem die Regelung dient. Dem fügt das BVerfG hinzu: „In jedem Fall fordert die verfassungsrechtliche Gewährleistung die Erhaltung der Substanz des Eigentums“¹¹⁴. Da Eigentumsbeschränkungen mit einem öffentlichen Interesse motiviert werden, müssen sie auch von daher legitimiert sein. Beschränkungen sind

111 Vgl. oben S. 192 ff. Auch *Muckel*, a.a.O. (Anm. 9), S. 40, bezeichnet die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG als „das Grundrecht, das zu Fragen des Vertrauensschutzes den größten Bezug aufweist“.

112 BVerfGE 36, 281 <293> unter Hinweis auf BVerfGE 31, 275 <293>. Ebenso *Friauf*, a.a.O. (Anm. 93), S. 128: „Die rechtsdogmatische Einordnung des bau- und gewerberechtlichen Bestandsschutzes wird sich daher an Art. 14 Abs. 1 GG, dem Eigentumsgrundrecht zu orientieren haben“.

113 Ebenso *Johannes Dietlein*, Die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder für das Spielhallenwesen. Kompetenzielle und materielle Fragen des neuen Art. 74 I Nr. 11 GG (Teil 2), in: *ZfWG* 2008, S. 82.

114 BVerfGE 52, 1 <29 f.>.

also nur zulässig, wenn und soweit das öffentliche Interesse sie unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit rechtfertigt. Hingegen sind dem Gesetzgeber enge Grenzen gezogen, soweit es um die Funktion des Eigentums als Element der Sicherung persönlicher Freiheit geht

bb) Für die verfassungsrechtliche Beurteilung der fünfjährigen Übergangsfrist bei bestehenden Spielhallenerlaubnissen nach § 33i GewO ergibt sich daraus Folgendes: Die Eigentumsbeschränkungen, die mit dem Verfall solcher Erlaubnisse nach fünf Jahren verbunden sind, werden vom Gesetzgeber im Wesentlichen mit dem öffentlichen Interesse an einer Eindämmung der Verdichtung des Spielangebotes (wegen seiner angeblich sozialschädlichen Wirkungen) und an der Durchsetzung eines verbesserten Spielerschutzes (wegen der vermeintlich hohen Gefahr pathologischen Spielverhaltens beim gewerblichen Geld-Gewinnspiel) gerechtfertigt. Ob diese Zwecke überhaupt ein Auslaufen bestehender und die Erteilung neuer Erlaubnisse erfordern oder auch mit weniger eingreifenden Mitteln (etwa über baurechtliche Vorgaben oder gewerberechtliche Auflagen) erreichbar sind, ist im Rahmen dieses Gutachtens nicht zu erörtern. Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung der fünfjährigen Übergangsfrist ist jedoch von Bedeutung, dass mit den Neuregelungen in den Landesgesetzen oder -entwürfen ein legitimes öffentliches Interesse verfolgt wird. Die ordnungspolitische Zielsetzung, den Spielhallenbetrieb so zu organisieren, dass den von ihm ausgehenden Gefahren für Spieler und Allgemeinheit wirksamer begegnet werden kann, ist als solche nicht zu beanstanden und stellt ein wichtiges Anliegen der staatlichen Gemeinschaft dar¹¹⁵. Die Absicht der Gesetzgeber, mit einer fünfjährigen Übergangsfrist den Anpassungsdruck für die Spielhallenbetreiber zu verringern, ist sogar prinzipiell zu begrüßen. Die Frage ist allerdings, ob sie ausreicht, um einen Verfall von bestehenden Spielhallenerlaubnissen schon nach fünf Jahren zu rechtfertigen, oder ob der aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG abzuleitende Bestandsschutz unter dem Aspekt der Verhältnismäßigkeit nicht die Einräumung einer erheblich längeren Übergangsfrist verfassungsrechtlich gebietet.

Legt man nämlich auf der anderen Seite die Nachteile, Belastungen und Vermögenseinbußen in die Waagschale, die für Spielhallenbetreiber mit den Rechtsänderungen verbunden sind, so zeigt sich, dass die Fünfjahresfrist noch nicht einmal geeignet ist, jene Umbrüche und Strukturwechsel im gesamten Spielhallenwesen auch nur abzumildern, geschweige denn angemessen und sachgerecht auszugleichen. Wie bereits be-

115 Vgl. auch BVerfGE 28, 119 <148>; BVerfG GewArch 2001, 61 ff.

tont¹¹⁶, sind bei Spielhallen im Durchschnitt Mietzeiten von 15 Jahren (mit Verlängerungsoptionen von jeweils 5 Jahren) vereinbart. Ein vorzeitiges Kündigungsrecht wegen Gesetzesänderungen ist in den Mietverträgen nicht vorgesehen. Die betroffenen Spielhallenbetreiber müssten also innerhalb von fünf Jahren einen Nachmieter finden oder dem Vermieter den Mietausfall ersetzen, der bei dem oben als Beispiel herangezogenen Referenzunternehmen EUR 96,1 Mio. betragen würde. Hinzu kämen Aufwendungen zur Erfüllung von Rückbauverpflichtungen, die sich pro Konzession auf durchschnittlich EUR 44.300,00 belaufen und das Referenzunternehmen mit EUR 21,7 Mio. belasten würden. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass nach einer Übergangsfrist von nur fünf Jahren in den Bilanzen der Spielhallenunternehmen erhebliche Wertberichtigungen vorzunehmen wären. Beim Anlagevermögen des Referenzunternehmens (einschl. Tochtergesellschaften) müssten Restbuchwerte der Nutzungsrechte (Konzessionen) in Höhe von EUR 15,3 Mio., der Grundstücke, Gebäude und Außenanlagen in Höhe von EUR 28,6 Mio., der Mieter- bzw. Spielhalleneinbauten in Höhe von EUR 28,7 Mio. und schließlich der Betriebs- und Geschäftsausstattung in Höhe von EUR 4,4 Mio. als unmittelbare Folge jener Rechtsänderungen am Ende der fünfjährigen Übergangsfrist vollständig abgeschrieben werden. Rechnet man diese beim Referenzunternehmen (mit einem Marktanteil von lediglich 5%) entstehenden Verluste bzw. Vermögenseinbußen in Höhe von knapp EUR 200 Mio. auf die ganze Spielhallenbranche um, so würde der sich aus den beschriebenen Neuregelungen des Spielhallenrechts ergebende Gesamtschaden ca. EUR 4 Mrd. betragen.

cc) Es bedarf kaum weiterer Nachweise oder Überlegungen, um festzustellen, dass unter diesen Umständen eine Begrenzung der Übergangsfrist auf fünf Jahre weder angemessen, noch den Betreibern von Spielhallen zuzumuten ist. Vielen von ihnen würde die Insolvenz drohen; andere wären schon vorzeitig zur Geschäftsaufgabe gezwungen. Von „Belastungsgleichheit“ als maßgeblichem Kriterium der Abwägung¹¹⁷ kann unter diesen Umständen auch nicht entfernt die Rede sein. Vielmehr entfalten die Neuregelungen in den Spielhallengesetzen oder -entwürfen der Länder sowie im Ersten GlüÄndStV praktisch eine erdrosselnde Wirkung, die sich nicht zuletzt auch aus einer zu knapp bemessenen Übergangsfrist ergibt. Bei der Abwägung zwischen den staatlichen Änderungszielen und den Interessen der Betreiber an der Fortführung ihrer Unternehmen kommt letzteren nicht nur wegen der drohenden Vermögenseinbußen größeres Gewicht zu, sondern auch deshalb, weil das gewerbliche Geld-Gewinnspiel noch im Jahre 2006 in

116 Zum Folgenden vgl. oben S. 185.

117 Dazu BVerwG NVwZ 2009, 1441 (1443).

engen Grenzen liberalisiert worden ist¹¹⁸. Insofern stellt der jetzige „inhaltliche Systemwechsel“¹¹⁹ in den Ländergesetzen oder -entwürfen mit ihren massiven Änderungen des bestehenden Spielhallenrechts eine radikale Kehrtwende in der bisherigen Spielhallenpolitik in Deutschland dar, mit der die Betreiber oder Inhaber von Spielhallen nicht zu rechnen brauchten und konnten. Damit greifen die Neureglungen in einen Vertrauenstatbestand ein, der durch staatlich veranlasstes Vertrauen und intendierte Dispositionen begründet worden ist.

In diesen Fällen führt die Abwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip im Hinblick auf die Angemessenheit und Zumutbarkeit einer Übergangsregelung zu dem Ergebnis, dass die Bestandsinteressen der Betreiber das staatliche Änderungsanliegen eindeutig überwiegen. Daher muss aus Gründen des Vertrauensschutzes eine Übergangsregelung geschaffen werden, welche die bestehenden Verhältnisse entweder vollständig von der Neuregelung ausnimmt, wenn wie hier die geforderten Umdispositionen überhaupt nicht oder nur mit unvertretbar hohem Aufwand möglich sind, oder aber eine ausreichende Frist setzt, die genügend Zeit für eine Neuorientierung lässt. Dies ist jedoch angesichts der wirtschaftlichen Herausforderungen, mit denen die Spielhallenbetreiber konfrontiert werden, nicht geschehen. Daher verstoßen die landesgesetzlichen Regelungen der Fünfjahresfrist in § 8 Abs. 1 SpielhG Bln, § 15 Abs. 1 HessSpielhG (Entwurf des Innenministeriums), § 14 Abs. 1 HessSpielhG (Entwurf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) und in § 29 Abs. 4 Satz 2 Erster GlüÄndStV wegen Unterlassens einer angemessenen und zumutbaren Übergangsregelung gegen die Eigentumsgarantie nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG und sind somit verfassungswidrig. Wie lang die Dauer einer verfassungskonformen Frist zu bemessen wäre, ist nur annähernd zu bestimmen. Sie müsste sich, um den Schaden so gering wie möglich zu halten, an den durchschnittlichen Laufzeiten der jeweiligen Mietverträge orientieren und daher etwa 15 Jahre betragen.

dd) Für Spielhallenerlaubnisse, die nach dem Inkrafttreten des jeweiligen Gesetzes noch aufgrund alten Rechts, d.h. gemäß § 33i GewO, erteilt worden sind und dem neuen Recht nicht entsprechen, enthalten

118 So der „Bericht zur Evaluierung der Fünften Novelle der Spielverordnung, insbesondere im Hinblick auf die Problematik des pathologischen Glücksspiels“ des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie vom 08.12.2010 (Bundratsdrucksache 881/10), S. 12. Vgl. auch den Beschluss der Wirtschaftsministerkonferenz vom 17./18.05.2000. Dort heißt es unter TPO 25 (Spielverordnung): „Dem gewerblichen Spiel müssen Perspektiven gegeben werden, um den Wettbewerb mit dem öffentlich-rechtlichen Spiel und dem Spiel im Internet bestehen zu können“.

119 So *Dietlein*, a.a.O. (Anm. 111), S. 82.

der Entwurf des Hessischen Innenministeriums und der Erste Glü-ÄndStV besondere Übergangsregelungen. Nach § 15 Abs. 2 Satz 2 Hess-SpielhG (Entwurf des Innenministeriums) und § 29 Abs. 4 Satz 3 Erster Glü-ÄndStV werden solche Erlaubnisse bereits nach einem Jahr unwirksam. Diese relativ kurze Übergangsfrist für Inhaber „postlegaler“ Erlaubnisse ist verfassungsrechtlich keineswegs unbedenklich. Denn ihr Vertrauen in den Bestand der Rechtsordnung ist zwar nicht im selben Maße schutzwürdig wie das von „prälegalen“ Altbetreibern von Spielhallen. Aber es reicht immerhin so weit, dass durch eine angemessene und zumutbare Übergangsregelung die ununterbrochene Weiterführung einer aufgrund der Alterlaubnis rechtmäßig betriebenen Spielhalle sichergestellt sein muss. Dies liegt aber nicht in der Hand des Betreibers, sondern in der Verantwortung der zuständigen Behörden. Von ihnen hängt maßgeblich ab, ob der erforderliche Neuantrag rechtzeitig, d.h. innerhalb der Übergangsfrist, beschieden wird. Wenn es hier zu Verzögerungen kommt, die auch dadurch verursacht sein können, dass noch weitere Genehmigungen (etwa eine Baugenehmigung¹²⁰) benötigt werden, darf dieses Verfahrensrisiko nicht zu Lasten des Antragsstellers gehen, dessen Erlaubnis nach Ablauf eines Jahres hinfällig zu werden droht. Daher wird die starre Jahresfrist den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG nicht gerecht. Sie müsste durch eine flexiblere Regelung ersetzt werden, etwa dergestalt, dass bei unverzüglicher Antragstellung nach neuem Recht durch den betreffenden Spielhallenbetreiber dessen „postlegale“ Erlaubnis mindestens ein Jahr, höchstens aber bis zur Bescheidung des Neuantrags gültig und wirksam bleibt.

b) Verbot von Mehrfachkonzessionen

Mit dem Verbot von Mehrfachkonzessionen in § 2 Abs. 1 Satz 2 SpielhG Bln, § 2 Nr. 2 BremSpielhG, § 3 Abs. 1 HessSpielhG (Entwurf des Innenministeriums) und § 25 Abs. 1 und 2 Erster Glü-ÄndStV (kein

¹²⁰ Eine Baugenehmigung ist Voraussetzung für die gewerberechtliche Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO und wird daher stets im Vorfeld zu letzterer beantragt. Dem Unternehmen entstehen bereits zu diesem Zeitpunkt erhebliche Kosten, z.B. durch den Planungsaufwand und die Prüfung der baurechtlichen Zulässigkeit des Vorhabens. Damit verbunden sind auch Kosten für den Erwerb des Grundstücks bzw. im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Miet- oder Pachtvertrages. Hinzu kommt, dass im Regelfall das Bauprojekt vor Erteilung der Spielhallenerlaubnis fertig gestellt sein muss. Daher ist auch aus diesen Gründen ein lediglich einjähriger Bestandsschutz für „postlegale“ Spielhallenerlaubnisse keinesfalls ausreichend und unter Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes völlig unangemessen.

baulicher Verbund mit weiteren Spielhallen) soll nach übereinstimmender Lesart in den jeweiligen Begründungen verhindert werden, dass die Begrenzung der Gerätezahl von derzeit 12 (in Berlin künftig 8) pro Spielstätte bei – rechnerisch – 12 qm Grundfläche pro Gerät (§ 3 Abs. 2 SpielV) durch Schaffung mehrerer Spielhallen in einem Gebäude erhöht wird. Diese Verbote in den neuen Spielhallengesetzen oder -entwürfen der Länder sowie im Ersten GlüÄndStV berühren zwei Rechtsgebiete: das Gewerberecht (§ 33i GewO) und das Baurecht, das für die Errichtung des Raumverbunds maßgeblich ist. Für die spielhallenrechtliche Seite der Mehrfachkonzessionen gilt das Gleiche wie für Einzelerlaubnisse, auch wenn in diesen Fällen die Mietverträge für den gesamten Spielhallenkomplex abgeschlossen werden. Für die erforderlichen Baugenehmigungen sowohl der einzeln als auch der im Verbund errichteten Spielhallen kommt ein weiterer baurechtlicher Bestandsschutz hinzu, der ebenfalls aus der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG abzuleiten ist. Zwar wird mit der allgemeinen fünfjährigen Übergangsfrist für Spielhallenerlaubnisse im SpielhG Bln, in dem hessischen Gesetzentwurf des Innenministeriums und im Ersten GlüÄndStV auch die Geltung des Verbots von Mehrfachkonzessionen um 5 Jahre hinausgeschoben (für Bremen ist diese Frist in § 8 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 2 Nr. 2 BremSpielhG ausdrücklich verankert). Dennoch bedarf es in diesen Fällen einer besonderen Abwägung, weil der baurechtliche Bestandsschutz in der Regel weiter reicht als der Bestandsschutz für gewerberechtliche Erlaubnisse.

aa) Die Eigentumsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG verleiht einem rechtmäßig begründeten baulichen Bestand und seiner Nutzung Durchsetzungskraft gegenüber neuen entgegenstehenden Anforderungen. Das gilt hinsichtlich der Nutzung, wenn die in ihr angelegte Variationsbreite nicht in bodenrechtlich relevanter Weise überschritten wird. Wenn also ein Bebauungsplan bei seinem Inkrafttreten das Grundstück, auf dem eine Spielhalle betrieben wird, im Zustand seiner legalen Nutzung erfasst und selbst nicht dahin auszulegen ist, dass er eine legal ausgeübte Nutzung für unzulässig erklären will, bleibt diese jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Bestandsschutzes baurechtlich zulässig¹²¹. Auch für einen Verbund mehrerer Spielhallen erstreckt sich der durch Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistete Bestandsschutz grundsätzlich auf das Recht, ein im Einklang mit den seinerzeit geltenden Bestimmungen ausgeführtes Vorhaben, so wie es ausgeführt ist, weiter zu nutzen, selbst wenn neue baurechtliche Vorschriften nunmehr diesem Vorhaben entgegenstehen. Zwar ist dieser baurechtliche Bestandsschutz vom gewerberecht-

121 So BVerwG GewArch 1993, 374 (376) unter Hinweis auf BVerwG 44, 244 <247>; 72, 362 <363>; vgl. ferner BVerwG 4 C 21.85 – Buchholz 406.16 Grundeigentumsschutz Nr. 47. S. 9.

lichen Bestandsschutz zu unterscheiden. Für letzteren reicht aus, dass bei Mehrfachkomplexen eine Spielhalle von der anderen optisch abge-sondert ist und dass die Betriebsfähigkeit der einen Spielhalle nicht durch die Schließung der anderen beeinträchtigt wird¹²². Jedoch ver-stärkt das durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützte Vertrauen in den bauli-chen Bestand den gewerberechtl. Bestandsschutz insofern, als es bei der Beurteilung von Übergangsfristen für das Verbot von Mehrfachkon-zessionen in die Abwägung einzubeziehen ist. Denn das gewerberechtl. Verbot von Mehrfachkonzessionen „überspielt“ praktisch den bau-rechtl. Bestandsschutz.

Für die hier durchzuführende Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des auch bei Mehrfachkomplexen vorgesehenen Übergangszeitraums von fünf Jahren – der sich im SpielhG Bln, im hessischen Entwurf des In-nenministeriums und im Ersten GlüÄndStV bereits unmittelbar aus der generellen Übergangsregelung für Spielhallenerlaubnisse ergibt und in Bremen durch § 8 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 2 Nr. 2 BremSpielhG gesondert vorgeschrieben ist – ist diese „Konkurrenz“ zweier Bestandsschutzre-gime deshalb von Bedeutung, weil Gebäudekomplexe, für die bisher Mehrfachkonzessionen erteilt worden sind, in Zukunft praktisch nutzlos werden und damit vollständig ihren Wert verlieren. Dagegen hilft auch wenig, dass § 8 Abs. 1 Nr. 2 BremSpielhG den Betreibern von Spielhal-lenkomplexen ein Wahlrecht einräumt und ihnen gestattet anzuzeigen, in welcher der am betreffenden Standort existierenden Spielhallen der Betrieb weitergeführt werden soll (wobei die zuständige Behörde, falls die Anzeige nicht erfolgt, nach eigenem Ermessen eine Spielhalle aus-wählen kann). Denn Räume, die bisher im Verbund für Spielhallenbe-triebe bestimmt gewesen sind, lassen sich in Zukunft kaum anders nut-zen, und zwar erst recht nicht, wenn in diesem Komplex noch eine Spiel-halle weiterbesteht. In den meisten Fällen dürften auch die bauplanungsrechtlichen Voraussetzungen (Baunutzungsverordnung, Bebau-ungspläne) für eine geänderte Nutzung nicht gegeben sein. Deshalb spricht viel dafür, dass das Verbot von Mehrfachkonzessionen nicht nur eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums im Sinne von Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG darstellt, sondern sogar enteignenden Charak-ter hat. Umso mehr erweist sich auch bei diesem Eingriff die dafür vor-gesehene Übergangsfrist von nur 5 Jahren als völlig unzureichend und unangemessen, wobei zu denselben Gründen, die für die Verfassungs-widrigkeit jener Regelung bei der Spielhallenerlaubnis sprechen, noch der baurechtl. Bestandsschutz als Abwägungskriterium zugunsten der Spielhallenbetreiber hinzutritt. Somit verstößt auch in Bezug auf das Verbot von Mehrfachkonzessionen die Fünfjahresfrist als Übergangre-

122 BVerwG GewArch 1996, 294 <295>.

gelung zumindest gegen Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Würde dieses Verbot als entschädigungslose Enteignung oder als enteignungsgleicher Eingriff betrachtet, wäre es als solches bereits verfassungswidrig und auch mit einer längeren Übergangsfrist (z.B. von 15 Jahren) nicht zu heilen. Das Erfordernis einer Übergangsfrist wäre dann von vornherein hinfällig.

c) Abstandsgebote

Ein weiteres wichtiges Ziel der neuen Länderregelungen besteht darin, die Anzahl der Spielhallen nicht nur an einem Ort (durch das Verbot von Mehrfachkonzessionen), sondern auch in unmittelbarer Nachbarschaft durch Vorschriften über Mindestabstände zu reduzieren. So sehen das SpielhG Bln in § 2 Abs. 1 Satz 3 und der Entwurf des hessischen Innenministeriums in § 3 Abs. 2 zwischen einzelnen Spielhallen einen Mindestabstand von 500 Metern vor, wobei Ausnahmen zulässig sind, auf die später noch einzugehen sein wird¹²³. Das BremSpielhG begnügt sich in § 2 Nr. 1 mit einem Mindestabstand von 250 Metern ohne Ausnahmen, der jedoch nur für Neuanträge gilt und bestehende Spielhallenerlaubnisse unberührt lässt, also auch keiner speziellen Übergangsregelung bedarf. Der Entwurf der hessischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN schreibt in § 4 Abs. 2 einen Mindestabstand von 500 Metern zu Einrichtungen mit vorwiegender Nutzung durch Minderjährige vor. Darüber hinaus begrenzt der hessische Entwurf von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in § 4 Abs. 1 die Zahl der Spielhallen in einer Gemeinde auf eine je 20.000 Einwohner. Der Erste GlüÄndStV räumt in § 25 Abs. 3 den Ländern die Möglichkeit ein, die Zahl der Genehmigungen in einer Gemeinde zu beschränken.

aa) Diese Abstandsgebote stehen in funktionellem Zusammenhang mit dem Verbot der Mehrfachkonzessionen. Mit ihnen will man verhindern, dass dieses Verbot umgangen wird, indem Spielhallen nicht mehr in einem Gebäude, sondern in der Nachbarschaft errichtet werden. Sie treffen allerdings auch wenige Inhaber bereits bestehender Erlaubnisse von Spielhallen, die schon jetzt räumlich voneinander getrennt, aber in unmittelbarer Nähe betrieben werden. In der Sache gehören die Abstandsgebote zum materiellen Baurecht. Damit stellt sich die Frage, nach welchen verfassungsrechtlichen Maßstäben Übergangsregelungen, die sich auf solche Abstandsgebote beziehen, zu beurteilen sind. Finden sie auf verschiedene Inhaber bestehender Erlaubnisse für Spielhallen mit geringerem Abstand, als künftig vorgeschrieben, Anwendung, so gilt der gleiche Bestandsschutz aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG und dieselbe Übergangsfrist von nur 5 Jahren wie allgemein für Spielhallenerlaubnis-

123 Dazu unten S. 225 ff.

se. Diese kurze Frist für Abstandsgebote ist auch aus ähnlichen Gründen wie bei den Mehrfachkonzessionen unangemessen und unzumutbar, also verfassungswidrig. Sie führt im Ergebnis zur Einstellung mindestens eines oder mehrerer benachbarter Betriebe und hat damit dieselben faktischen Auswirkungen wie das Verbot von Mehrfachkonzessionen (z.B. Unveräußerlichkeit von Betrieben), welches dem gleichen Zweck, nämlich der Reduzierung von Spiehallenangeboten auf engem Raum dient.

Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn potentielle Erwerber einer Spielhallenerlaubnis davon betroffen sind und für sie die fünfjährige Übergangsfrist nicht gilt, weil die Spielhallengesetze oder -entwürfe der Länder für den Fall eines Inhaberwechsels eine vorzeitige Erlaubnispflicht statuieren (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 2 HessSpielhG (Entwurf des Innenministeriums); ebenso § 2 Abs. 1 Satz 1 SpielhG Bln, der wohl auch auf Fälle eines Betreiberwechsels anwendbar ist¹²⁴). In diesen Fällen wird der Bestandsschutz für Veräußerer von Spielhallenerlaubnissen und ihre Rechtsnachfolger als deren Erwerber nicht durch Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG gewährleistet, sondern findet im Grundrecht der Berufsfreiheit seine verfassungsrechtliche Fundierung, wird also durch Art. 12 Abs. 1 GG garantiert.

bb) Das Betreiben einer Spielhalle ist, solange diese Tätigkeit nicht gesetzlich verboten und privaten Veranstaltern zugänglich ist, Ausübung eines Berufs im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG, der auch die Freiheit zur selbständigen gewerblichen Tätigkeit sowie die „Unternehmerfreiheit“ im Sinne freier Gründung und Führung von Unternehmen einschließt¹²⁵. Im Hinblick auf das in den Bestand der Rechtsordnung betätigte Vertrauen des Unternehmers wird die unter dem geltenden Recht erworbene berufliche Stellung besonders geschützt. Diese besondere Schutzwürdigkeit wirkt sich in der gebotenen Abwägung nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip „als Vermutung des Bestandsschutzes zugunsten des Bürgers aus“¹²⁶. Denn selbst wenn man annimmt, dass ein Gewerbetreibender gegenüber neuen Berufsausübungsregelungen nach Art. 12 Abs.

124 Das ergibt sich jedenfalls indirekt aus der Begründung zur Härtefallklausel des § 2 Abs. 1 Satz 5, auf die in der Begründung zur Übergangsvorschrift des § 8 ausdrücklich verwiesen wird. Dort heißt es: „Anwendungsbeispiele (sc. zur Härtefallklausel) sind hier insbesondere Erlaubnis-anträge, die bei dem Betreiberwechsel bei bestehenden Spielhallen nötig werden. Hier gilt es, unbillige Härten zu vermeiden und mögliche Einschränkungen des Grundrechts der Berufsfreiheit aus Artikel 12 Abs. 1 des Grundgesetzes verhältnismäßig zu gestalten“.

125 Vgl. BVerfGE 21, 261 <266>; 380 <383>; 65, 196 <210> in std. Rspr.

126 So Aschke, a.a.O. (Anm. 9), S. 329.

1 Satz 2 GG nicht „immun“ ist, können sie so erhebliche Auswirkungen für ihn als Altunternehmer haben, dass ausnahmsweise auch insoweit sein Vertrauen berechtigt und schützenswert sein kann. Nicht umsonst hat das BVerfG wiederholt darauf hingewiesen, dass die Intensität einer bloßen Berufsausübungsregelung so stark sein könne, dass sie in ihrer Wirkung sogar einer Beschränkung der Berufswahl gleichkomme¹²⁷. Gewiss müssen in solchen Fällen für die Zulässigkeit eines gesetzlichen Eingriffs mit so weitreichenden Auswirkungen entsprechend strenge Voraussetzungen gefordert werden. Aber dies schließt nicht aus, dass ein Altunternehmer von neuen Ausübungsregelungen erheblich härter getroffen wird, als jemand, der einen Betrieb neu eröffnet.

cc) So liegen die Dinge hier. Die Abstandsgebote stellen für Betreiber einer neuen Spielhalle lediglich Berufsausübungsregelungen im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG dar und sind daher bereits zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes zulässig. Das Vertrauen solcher Neuunternehmer in den unveränderten Fortbestand des geltenden Spielhallenrechts ist nicht schutzwürdig. Deshalb bedarf es für sie selbst wegen fehlenden Bestandsschutzes aus Gründen ihrer Berufsfreiheit auch keiner Übergangsvorschrift. Bei Inhabern bestehender Erlaubnisse wirken sich die Abstandsvorschriften jedoch – ähnlich wie das Verbot von Mehrfachkonzessionen – praktisch als absolutes Veräußerungshindernis ihrer Erlaubnisse aus, wenn bei einem Inhaberwechsel der Nachfolger ohne entsprechende Übergangsregelung einer sofortigen Erlaubnispflicht nach neuem Recht unterworfen wird (so gemäß § 15 Abs. 1 Satz 2 HessSpielhG [Entwurf des Innenministeriums]). Diese faktische Beschränkung der Altunternehmer in der Verfügungsmöglichkeit über ihre Spielhallenerlaubnisse stellt einen massiven Eingriff in ihre berufliche Tätigkeit dar, der auch durch den Aspekt eines möglichst effektiven Spielerschutzes nicht gerechtfertigt ist.

Wenn Inhabern bestehender Spielhallenerlaubnisse eine Übergangsfrist von 5 Jahren eingeräumt wird, dann ist es nicht nur inkonsequent, sondern auch unverhältnismäßig, den Erwerbenden solcher „Alterlaubnisse“ diese Übergangsfrist vorzuenthalten. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus dem Umstand, dass durch die bereits in Kraft getretenen oder geplanten Änderungen des Spielhallenrechts in den Ländern die Spielhallenerlaubnis ihren überwiegend personenbezogenen Charakter verliert und sich infolge der neuen Anforderungen an den Spielhallenbetrieb zunehmend in eine objektbezogene Konzession verwandelt. Veräußert wird in solchen Fällen nicht die Spielhallenerlaubnis, sondern die Spielhalle selbst. Hinzu kommt, dass auch die Übergangsvorschriften zur

127 So z.B. BVerfGE 25, 1 <12>.

Spielhallenerlaubnis schon ihrem Wortlaut nach betriebs- und nicht betreiberbezogen sind. Daraus ergibt sich, dass auch die Rechtsnachfolger des Betriebsinhabers in den Genuss der Übergangsregelung kommen müssen¹²⁸. Es ist daher zumindest im Hinblick auf die neuen Abstandsgebote unter keinem denkbaren Gesichtspunkt zu legitimieren, dass bei einem Betreiberwechsel dem Erwerber einer bestehenden Spielhallenerlaubnis nicht die gleiche Übergangsfrist von 5 Jahren eingeräumt wird wie dem Veräußerer. Das Fehlen einer solchen Übergangsregelung im SpielhG Berlin und in den beiden hessischen Entwürfen sowie im Ersten GlüÄndStV stellt nicht nur einen schwerwiegenden und unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) des Inhabers einer gültigen Spielhallenerlaubnis dar, sondern verletzt im Hinblick auf die ungerechtfertigte Benachteiligung eines Rechtsnachfolgers auch den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) und ist daher verfassungswidrig. Deshalb schließt das BremSpielhG beim Abstandsgebot nach § 2 Nr. 1 die Rechtsnachfolger in den unbefristeten Bestandsschutz für bestehende Spielhallenerlaubnisse ein (vgl. § 8 Abs. 1 Nr.1 BremSpielhG).

d) Härtefallklauseln

Dieses Problem ist offenbar nicht nur dem Berliner Gesetzgeber und den Verfassern des Entwurfs eines HessSpielhG im Innenministerium, sondern inzwischen auch den Staats- und Senatskanzleien der Länder bei der Fassung des Ersten GlüÄndStV (Stand: 7. Dezember 2011) bewusst gewesen. In § 2 Abs. 1 Satz 5 SpielhG Bln, in § 3 Abs. 2 Satz 2 HessSpielhG (Entwurf des Innenministeriums) sind Ausnahmeregelungen von den neuen Abstandsvorschriften und in § 29 Abs. 4 Satz 4 Erster GlüÄndStV Ausnahmeregelungen für alle Fälle des § 25 Erster GlüÄndStV, d.h. für Abstandsvorschriften, für Verbote von Mehrfachkonzessionen und für Begrenzungen der Spielhallenanzahl (sog. Härtefallklauseln) vorgesehen bzw. ermöglicht. In der Begründung zu § 2 Abs. 1 Satz 5 SpielhG Bln wird sogar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass dabei insbesondere an neue Erlaubnisansträge nach einem Betreiberwechsels gedacht worden sei und man auf diese Weise „mögliche Einschränkungen des Grundrechts der Berufsfreiheit aus Art. 12 Absatz 1 des Grundgesetzes verhältnismäßig zu gestalten“ beabsichtige¹²⁹. Zwar sind solche Abweichungsermächtigungen für Sonderfälle zur Herstel-

128 So für die alte Übergangsregelung in § 3 Abs. 3 SpielV i.d.F. vom 11.12.1985: VG Oldenburg GewArch 1987, S. 196 f.; Peter Marcks, Das Spielhallenproblem, in: WiVerw 1986, S. 22 ff. (37 f.).

129 Abgeordnetenhaus, Drucksache 16/4027 vom 04.04.2011, S. 12.

lung von „Übergangsgerechtigkeit“ grundsätzlich zu begrüßen und vorliegend sogar verfassungsrechtlich notwendig. Sie vermögen jedoch den Verfassungsverstoß in Gestalt der fehlenden Einbeziehung von Rechtsnachfolgern in die allgemeine Übergangsregelung von 5 Jahren für Inhaber gültiger Spielhallenerlaubnisse nicht zu heilen, weil sie in der vorliegenden Form ihrerseits schwerwiegende verfassungsrechtliche Mängel aufweisen.

aa) Sowohl die Berliner Regelung als auch die Härtefallklauseln im Entwurf des hessischen Innenministeriums und des Ersten GlüÄndStV überlassen die Entscheidung über die Zulassung einer Abweichung von den Abstandsregelungen sowie einer Befreiung vom Verbot der Mehrfachkonzessionen im konkreten Einzelfall ohne nähere Angabe von Kriterien über Inhalt, Zweck und Ausmaß dem Ermessen der Verwaltung. In § 2 Abs. 1 Satz 5 SpielhG Bln und in § 3 Abs. 2 Satz 2 HessSpielhG (Entwurf des Innenministeriums) heißt es wortgleich lediglich, dass diese Entscheidung „unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standorts und der Lage des Einzelfalles“ zu treffen sei – sämtlich Leerformeln, die auch ohne besondere Erwähnung für die Ausübung pflichtgemäßen Ermessens maßgeblich zu sein haben. Noch unbestimmter gefasst ist § 29 Abs. 4 Satz 4 Erster GlüÄndStV: Die darin enthaltene Härtefallregelung, wonach „die für die Erteilung einer Erlaubnis nach § 24 zuständigen Behörden ... eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen des § 24 Abs. 2 sowie § 25 für einen angemessenen Zeitraum zulassen“ können, betrifft die Fälle des § 29 Abs. 4 Satz 2 Erster GlüÄndStV, also Erlaubnisse, die bis zu fünf Jahren nach Inkrafttreten des Ersten GlüÄndStV am 1. Juli 2012 fortgelten. Außer dass dabei der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33i GewO sowie die Ziele des § 1 Erster GlüÄndStV zu berücksichtigen sind, werden auch hier keine weiteren Kriterien genannt, die der Härtefallklausel ein Mindestmaß an Klarheit, Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit für die Betroffenen verleihen würde.

Damit fehlt diesen Härtefallklauseln die vom Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) verlangte, notwendige Bestimmtheit. Wie bereits ausgeführt¹³⁰, ist bei der Frage, welche Bestimmtheitsanforderungen im Einzelnen erfüllt sein müssen, vor allem die Intensität der Einwirkungen auf die Regelungsadressaten zu berücksichtigen¹³¹. Im vorliegenden Fall greifen die neuen Abstandsgebote und das Verbot von Mehrfachkonzessionen tief in die bestehende Spielhallenstruktur ein und gefährden bzw. entwerten unter Umständen sogar die Existenz be-

130 Vgl. oben S. 205 f.

131 Vgl. BVerfGE 49, 89 <133>.

stehender und legal betriebener Spielhallen. Deshalb ist es verfassungsrechtlich zwingend geboten, die konkreten Maßstäbe, nach denen eine Ausnahme von den Abstandsvorschriften bzw. eine Befreiung vom Verbot der Mehrfachkonzessionen bewilligt oder versagt werden kann, im Gesetz oder im Staatsvertrag selbst zu verankern. Sowohl der Betreiber einer bestehenden Spielhalle als auch ein potentieller Erwerber müssen vor Ablauf der Übergangsfrist oder vor ihrer vertraglichen Einigung über eine Veräußerung in zumutbarer Weise erkennen können, mit welchen Abstandsvorgaben in einem konkreten Fall künftig zu rechnen ist. Dabei würde es ausreichen, wenn sich dies im Wege der Auslegung der einschlägigen Bestimmung mit Hilfe der anerkannten Auslegungsregeln feststellen ließe¹³². Das ist jedoch bei den drei genannten Härtefallklauseln wegen Fehlens hinreichender Tatbestandsklarheit nicht möglich.

bb) Auch aus dem Demokratieprinzip, das nach Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG zugleich für die Länder gilt, folgt das Gebot, alle für das Gemeinwesen wichtigen Entscheidungen den unmittelbar vom Volk gewählten Vertretungskörperschaften zu überantworten (sog. Parlamentsvorbehalt). Das trifft vor allem auf die Fälle zu, bei denen es um Regelungen geht, die sich in „grundrechtsnahen“ Bereichen bewegen und Grundrechte konkretisieren, ausgestalten oder in anderer Weise berühren. Darunter fallen nicht nur untergesetzliche Vorschriften der Exekutive (Rechtsverordnungen, Verwaltungsvorschriften, Satzungen), sondern auch Ermessensnormen, die ein bestimmtes Grundrecht zwar ebenfalls nicht unmittelbar betreffen oder begrenzen, aber für den Zusammenhalt der staatlichen Gemeinschaft in einen bestimmten Lebensbereich so wichtig sind, dass sie nach der sog. Wesentlichkeitstheorie¹³³ gleichermaßen einen Parlamentsbeschluss erfordern, also in Gestalt eines förmlichen Gesetzes ergehen müssen. Diesem Konzept liegt der Gedanke zugrunde, dass alle für die Ausübung von Grundrechten „wesentlichen“

132 Vgl. BVerfGE 21, 209 <215>; 79, 106 <120>.

133 Dazu etwa *Jürgen Staupe*, Parlamentsvorbehalt und Delegationsbefugnis: Zur Wesentlichkeitstheorie und zur Reichweite legislativer Regelungskompetenz, insbesondere im Schulrecht, Berlin 1986; *Hans-Herbert v. Arnim*, Zur „Wesentlichkeitstheorie“ des BVerfG. Einige Anmerkungen zum Parlamentsvorbehalt, in: DVBl. 1987, S.1241 – 1249; *Michael Kloepfer*, Wesentlichkeitstheorie als Begründung oder Grenze des Gesetzesvorbehalts? In: Zustand und Perspektiven der Gesetzgebung, Berlin 1989, S.187 – 215; *Monika Jachmann*, Zur Reichweite der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG und ihrer Bedeutung für die richterliche Entscheidung, in: JA 1994, S. 399 – 402; *Michael Nierhaus*, Bestimmtheitsgebot und Delegationsverbot des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG und der Gesetzesvorbehalt der Wesentlichkeitstheorie, in: Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München 1997, S.717 – 732.

Entscheidungen vom Parlament als dem unmittelbar vom Volk gewählten Gesetzgeber selbst und nicht von der Verwaltung zu treffen sind. Maßgebliche Kriterien für das Erfordernis eines solchen Gesetzes sind nach der einschlägigen Rechtsprechung des BVerfG¹³⁴ Umfang und Tragweite der Grundrechtsbetroffenheit, d.h. die Eingriffsintensität oder Relevanz für die Grundrechtsverwirklichung¹³⁵.

Besonders bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die darin liegende Ausdehnung des „klassischen“ Vorbehalts des Gesetzes über Eingriffe in Freiheit und Eigentum hinaus auf jede gewichtige Art staatlicher Gestaltung im Bereich der Grundrechtsausübung vom BVerfG ausdrücklich mit dem Argument der Notwendigkeit eines verstärkten Grundrechtsschutzes begründet wird: „Ob eine Maßnahme wesentlich ist und damit dem Parlament selbst vorbehalten bleiben muss oder zumindest nur aufgrund einer inhaltlich bestimmten parlamentarischen Ermächtigung ergehen darf, richtet sich zunächst allgemein nach dem Grundgesetz. Hier vermittelt der Schutz der Grundrechte einen wichtigen Gesichtspunkt“¹³⁶. Wenn also nach der Wesentlichkeitstheorie das Demokratieprinzip des Grundgesetzes den Gesetzgeber verpflichtet, wesentliche Entscheidungen im Grundrechtsbereich selbst zu treffen, und zwar namentlich dort, wo es darum geht, widerstreitende Grundrechtspositionen zum Ausgleich zu bringen, dann geht das Gericht offenbar davon aus, dass gerade der Grundrechtsschutz bei den Parlamenten besser aufgehoben ist als bei Regierung und Verwaltung. Dies wiederum kann nur bedeuten, dass grundrechtsrelevante Maßnahmen der Exekutive trotz deren äquivalenter Grundrechtsbindung verfassungsrechtlich aus sich heraus noch nicht hinreichend demokratisch legitimiert sind, sondern wegen ihrer schwerwiegenden Auswirkungen auf den konkreten Grundrechtsgebrauch einer zusätzlichen politischen Rechtfertigung durch die unmittelbar demokratisch gewählten und verantwortlichen Parlamente bedürfen.

cc) Diese Voraussetzungen liegen in Bezug auf die Härtefallklauseln des neuen Spielhallenrechts der Länder vor. Die Entscheidungen der Verwaltung über Abweichungen von den jeweiligen Abstandsgeboten oder Befreiungen vom Verbot der Mehrfachkonzessionen berühren unmittelbar die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) von aktuellen oder potentiellen Spiehallenbetreibern. Der Gesetzgeber darf

134 Vor allem: BVerfGE 33, 1 <12 ff.>; 45, 400 <417 f.>; 47, 46 <78 f.>; 98, 218 <251>.

135 So *Günter Frankenberg*, in: AK-GG, Art. 20 Abs. 1 – 3 (IV: Rechtsstaat), RdNr. 41.

136 So BVerfGE 47, 46 <79>.

diese Entscheidungen nicht einfach dem pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörden überlassen. Er muss zumindest mit Hilfe unbestimmter Rechtsbegriffe den Beurteilungsspielraum der Verwaltung so weit eingrenzen, dass ihr Abwägungsvorgang transparent und das Ergebnis ihrer Entscheidung bis zu einem gewissen Grade vorhersehbar wird, damit sich die Betroffenen rechtzeitig (und das heißt: deutlich vor Ablauf der Übergangsfrist) darauf einstellen können. Da dies vorliegend nicht in ausreichendem Maße geschehen ist, verstoßen auch die Härtefallklauseln, obwohl sie die neuen Abstandsgebote und das Verbot von Mehrfachkonzessionen abmildern sollen, gegen das Grundgesetz.

e) Geräteanzahl

Im Unterschied zu den übrigen vier Spielhallengesetzen oder -entwürfen der Länder sieht einzig das SpielhG Bln in § 4 Abs. 2 Satz 1 eine Reduzierung der Geräteanzahl von 12 auf 8 pro Spielhalle vor¹³⁷ und räumt dafür nach § 8 Abs. 3 den Betreibern eine Übergangsfrist von 24 Monaten ein. In der Begründung dazu heißt es: „Damit wird den Investitionen für Automaten und die sonstige Ausstattung hinreichend Rechnung getragen“¹³⁸. An dieser Einschätzung ist zu zweifeln, zumal Erfahrungen mit einer Übergangsvorschrift für eine Verringerung der Gerätezahl in kleineren Spielhallen aus dem Jahre 1985 vorliegen. Nach § 3 Abs. 2 SpielV i.d.F. vom 11.12.1985 (BGBl. I S. 2245) durften seit dem 20. Dezember 1985 in Spielhallen oder ähnlichen Unternehmen je 15 qm Grundfläche höchstens ein Geld- oder Warenspielgerät aufgestellt werden; die Gesamtanzahl durfte jedoch zehn Geräte nicht übersteigen. Bis zum Inkrafttreten dieser Vorschrift waren hingegen in jeder Spielhalle, unabhängig von ihrer Größe, drei Gewinnspielgeräte zulässig. Es war daher wirtschaftlich sinnvoll, möglichst viele kleine Spielhallen zu betreiben. Um den unter dem alten Recht geschaffenen kleineren Spielhallen nicht von heute auf morgen die Existenzmöglichkeit zu nehmen, traf § 3 Abs. 3 SpielV (i.d.F. vom 11.12.1985) eine differenzierende Übergangsregelung: Satz 1 sah vor, dass der Gerätebestand in Spielhallen, in denen bis zum 19. Dezember 1985 rechtmäßig mehr Spielgeräte als eines je 15 qm aufgestellt waren, bis zum 31. Dezember 1990 beibehalten werden und für die anschließende Zeit bis zum

137 Im Gegensatz dazu schlägt der Entwurf der hessischen Landtagsfraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in § 6 Abs. 2 „im Hinblick auf die Definition der Spielhalle und die Beschränkung der Höchstzahl der Genehmigungen“ sogar eine Erhöhung der Geräteanzahl pro Spielhalle von 12 auf 25 vor (Landtagsdrucksache 18/3965, S. 8 f.).

138 Abgeordnetenhaus, Drucksache 16/4027, S. 16.

31. Dezember 1995 noch zwei Drittel der Ausgangszahl betragen darf. Übertragen auf den vorliegenden Fall, würde eine solche Übergangsvorschrift die Beibehaltung der gegenwärtigen Geräteanzahl von 12 pro Spielhalle für weitere 5 Jahre gestatten und erst danach die Reduzierung auf 8 Geräte verbindlich anordnen. Es ist zu fragen, ob eine solche Regelung verfassungsrechtlich geboten ist.

Die Begrenzung der Zahl von Geldgewinnspielgeräten je Spielhalle ist – isoliert betrachtet – eine Berufsausübungsregelung nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG¹³⁹. Als solche ist sie verfassungsgemäß, wenn sie kompetenzgerecht erlassen wurde¹⁴⁰ und durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden kann, wenn sie also zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Schon die Eignung einer Reduzierung von Spielgeräten zur Eindämmung der Betätigung des Spieltriebs und zum Schutz der Spieler ist nicht belegt. Auch bei der Erforderlichkeit stellt sich die Frage, ob dasselbe Ziel nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden kann, etwa durch Trennwände zwischen den einzelnen Gerätegruppen, die in § 3 Abs. 2 SpielV bereits vorgeschrieben sind, oder durch größere Abstände. Die Zumutbarkeit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn) hängt jedoch entscheidend davon ab, ob bei nur 8 Geräten pro Betrieb eine Spielhalle noch wirtschaftlich sinnvoll geführt werden kann. Macht hingegen jene Regelung die Ausübung des Berufs eines Spielhallenbetreibers faktisch unmöglich, handelt es sich nicht nur um eine Berufsausübungsregelung, sondern um einen Eingriff in die Freiheit der Berufswahl in Gestalt einer objektiven Zulassungsbeschränkung, die nur zum Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes gerechtfertigt ist.

Diese Kriterien sind auch für die Ausgestaltung der Übergangsvorschrift des § 8 Abs. 3 SpielhG Bln maßgeblich. Wenn sich herausstellen sollte, dass die Reduzierung der Spielgeräteanzahl auf 8 pro Spielhalle im Zusammenwirken mit dem Verbot von Mehrfachkonzessionen und den Abstandsgeboten dazu führt, dass eine Spielhalle unter diesen Umständen nicht mehr gewinnbringend betrieben werden kann (wofür einiges spricht), dann wäre die Vorschrift über die Gerätereduzierung eo

139 So BVerfG GewArch 1987, 194 (195) unter Hinweis auf BVerfGE 61, 291 <309>; 68, 272 <282 m.w.Nachw.>; BVerwG GewArch 1990, 241 (243); GewArch 1994, 162 (163); BayVerwGH GewArch 2003, 34.

140 Schon daran bestehen Zweifel (denen hier allerdings nicht weiter nachgegangen wird), weil die Anzahl der Geräte pro Spielhalle durch die SpielV bundesrechtlich vorgeschrieben ist, landesrechtliche Regelungen also nicht erforderlich sind und mit ihnen die Sperrwirkung des Art. 72 Abs. 1 GG durchbrochen wird.

ipso verfassungswidrig, ohne dass irgendeine, noch so lang bemessene Übergangsfrist diesen Mangel heilen könnte. Nur unter der Voraussetzung, dass es bei einer Berufsausübungsregelung bleibt, stellt sich überhaupt das Problem, ob die Zweijahresfrist für Spielhallenbetreiber mit einer gültigen Erlaubnis nach altem Recht angemessen und zumutbar ist. Anhaltspunkte dafür ergeben sich aus den Amortisationszeiten der Spielgeräte. Unterhaltungsgeräte werden in fünf, Geldgewinnspielgeräte in 4 Jahren abgeschrieben. Wenn in einer Spielhalle innerhalb von 24 Monaten ein Drittel der vorhandenen Geräte abgebaut werden muss, dann schlägt diese Maßnahme mit einem erheblichen Vermögensverlust zu Buche. Es besteht – auch mit Rücksicht auf das Ziel eines möglichst wirksamen Spielerschutzes – kein Grund, die Übergangsfrist für den Geräteabbau nicht an den Amortisationszeiten der Geräteinvestitionen zu orientieren¹⁴¹, vorliegend also zu verdoppeln. So gesehen, erweist sich die Zweijahresregelung als unverhältnismäßig kurz und verstößt damit gegen Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG.

f) Sperrzeiten

Erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken aus der Sicht sowohl von Art. 14 Abs. 1 Satz 3 GG als auch von Art. 12 Abs. 1 GG begegnet ferner der Umstand, dass in keinem der Gesetze oder Gesetzentwürfe angemessene und zumutbare Übergangsfristen für die Verlängerung der Sperrzeiten vorgesehen sind. Denn obwohl es dadurch zu verkürzter Öffnungsdauer der Spielhallen kommt, müsste das dort angestellte Personal, mit dem in der Regel langfristige Arbeitsverträge bestehen, weiter beschäftigt und, da es seine Arbeitskraft anbietet, auch weiter entlohnt werden. Darin liegt nicht nur ein mittelbarer Eingriff in das (erworbene) Vermögen von Spielhallenbetreibern, sondern zugleich eine faktische Beschränkung ihrer Unternehmerfreiheit, weil sie weiterhin Personal vorhalten müssen, für die es keine Arbeit mehr gibt. Es wäre daher verfassungsrechtlich geboten gewesen, diese zusätzlichen, nunmehr ab sofort jedoch zwecklosen Personalkosten mit einer entsprechenden, an die Kündigungsfristen angepassten Übergangsvorschrift auch für die neuen Sperrzeitenregelungen zumindest „abzufedern“.

¹⁴¹ Zwar besteht allgemein kein Recht darauf, von Neuregelungen verschont zu bleiben, bis einmal getätigte Investitionen sich vollständig amortisiert haben. Schutzwürdig ist aber ein durch Investitionen betätigtes, aus einem gesetzlichen Vertrauenstatbestand abgeleitetes Vertrauen (so BVerwG NVwZ 2009, 1441 <1443>). Vorliegend ergibt sich der gesetzliche Vertrauenstatbestand aus § 1 Abs. 2 GewO. Vgl. dazu *Horst Sendler*, a.a.O. (Anm. 94), S. 237 ff.

g) Sonstige Übergangsregelungen

In den Spielhallengesetzen von Berlin und Bremen sind weitere Übergangsvorschriften enthalten, die ebenfalls als Berufsausübungsregelungen im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG zu qualifizieren sind. Dazu gehören die Erbringung eines Sachkundenachweises für das Aufsichtspersonal in Spielhallen binnen 12 Monaten (§ 8 Abs. 2 SpielhG Bln), die Vorlage von Sozialkonzepten bis zum 31.07.2011 (§ 8 Abs. 2 BremSpielhG), regelmäßige Personalschulungen mit entsprechenden Nachweisen, Einführung einer Spielersperrliste und Werbebeschränkungen (§§ 4 Abs. 1 und 5 BremSpielhG) ab dem 01.08.2011 (§ 8 Abs. 2 Satz 1 BremSpielhG). Das Fehlen darüber hinausgehender Übergangsregelungen oder längerer Übergangsfristen für diese Vorschriften erscheint nicht von vornherein unangemessen oder unzumutbar, ist also insoweit verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden¹⁴². Das Gleiche gilt für den Verzicht auf Übergangsregelungen für besondere Anforderungen an das äußere Erscheinungsbild von Spielhallen, Zugangskontrollen (soweit diese überhaupt verfassungsgemäß sind) sowie weitere Aufklärungs- oder Überwachungspflichten.

VII. Ausgleichsansprüche

1. Sollte sich die fünfjährige Übergangsfrist für bestehende Spielhallen-erlaubnisse als verfassungsgemäß erweisen und als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums vor Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG Bestand haben, stellt sich die Frage, ob die dadurch zu gewärtigenden erheblichen Vermögenseinbußen für Spielhallenbetreiber finanziell kompensiert werden können. Für solche Fälle hat das BVerfG die Rechtsfigur der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung entwickelt, um sich von der „alles oder nichts“-Alternative: entweder entschädigungslose Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) oder entschädigungspflichtige Enteignung (Art. 14 Abs. 3 GG) zu lösen und ein differenzierteres Konzept entwickeln zu

142 Ungeachtet dessen ist allerdings die materielle Verfassungsmäßigkeit jener Vorschriften (die hier nicht geprüft wird) höchst zweifelhaft. Mit Ausnahme der Verpflichtung zur Vorlage von Sozialkonzepten und zu Maßnahmen der Personalschulung sind sie nicht erforderlich. Darüber hinaus verstoßen Regelungen über Zugangskontrollen und Spielersperrn gegen das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (vgl. *Michael Ronellenfisch, Die Vereinbarkeit von Zugangskontrollen für gewerbliche Spielstätten mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung*, Hamburg 2009).

können¹⁴³. Es handelt sich dabei in der Regel um Fallkonstellationen, die dadurch gekennzeichnet sind, dass eine an sich zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung im Einzelfall zu unverhältnismäßigen, unangemessenen, unzumutbaren oder gleichheitswidrigen Belastungen führt.

Inzwischen hat das Gericht den Anwendungsbereich dieser Rechtsfigur auf Fälle der Neugestaltung eines Rechtsgebiets ausgedehnt. Nachdem es zunächst die Auffassung vertreten hatte, derartige Neuregelungen könnten ungeachtet ihrer generellen Qualität als Inhalts- und Schrankenbestimmung für die Inhaber alter Rechte Legalenteignungen darstellen¹⁴⁴, qualifiziert es nunmehr selbst die völlige Beseitigung bisher bestehender, durch die Eigentumsgarantie geschützter Rechtspositionen im Rahmen der Neugestaltung eines Rechtsgebiets als Inhalts- und Schrankenbestimmung. Die Gründe des öffentlichen Interesses, die für einen so weitgehenden Eingriff sprechen, müssen allerdings so gravierend sein, dass sie Vorrang vor dem durch die Bestandsgarantie des durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gesicherten Vertrauens des Bürgers auf den Fortbestand des Rechts haben. Da sich der Eingriff für den Betroffenen wie eine (Teil- oder Voll-)Enteignung auswirke, könne die völlige, übergangs- und ersatzlose Beseitigung einer Rechtsposition nur unter bestimmten, äußerst engen Voraussetzungen in Betracht kommen. Das bedeutet, dass in solchen Fällen bei unzureichender, wenn auch noch verfassungsgemäßer Übergangsregelung als Ausgleich ein Entschädigungsanspruch in Betracht kommt¹⁴⁵.

2. Bezogen auf diese Maßgaben wird man vorliegend die Übergangsfrist von 5 Jahren für bestehende Spielhallenerlaubnisse, sollte sie als solche verfassungsrechtlich isoliert nicht angreifbar sein, nur in Kombination mit einer entsprechenden Entschädigungslösung als zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des durch die Eigentumsgarantie geschützten Vertrauens von Spielhallenbetreibern auf den Bestand ihrer unbefristeten Erlaubnisse qualifizieren können. Damit bliebe den Landesgesetzgebern zur Herstellung eines verfassungskonformen Zustandes nur die Wahl zwischen einer Verlängerung der Übergangsfrist auf annähernd 15 Jahre oder die Schaffung eines Entschädigungstatbestandes, aufgrund dessen die erheblichen Vermögenseinbußen der Spielhallenbetreiber bei einer nur fünfjährigen Übergangsperiode angemessen ausgeglichen werden können.

143 Seit BVerfGE 51, 211 <229> std. Rspr.; zuletzt BVerfG NVwZ 2009, 1494 ff.

144 Vgl. BVerfGE 58, 300 <337 f. und 348 ff.>; dazu auch *Wieland*, a.a.O. (Anm. 19), Rn. 133.

145 Vgl. BVerfGE 83, 201 <212 f.>; 100, 226 <244 f.>.