



Schneider • Das Recht der Spielhallen nach der Föderalismusreform

Föderalismus – Studien

23

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



23



Nomos



Deutsches Institut
für Föderalismusforschung e.V.



Föderalismus – Studien
Herausgegeben von Hans-Peter Schneider

Band 23





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



Nomos





Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://www.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-4298-4

1. Auflage 2009

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2009. Printed in Germany. Alle Rechte,
auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und
der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung	7
Teil A:	
Das Recht der »Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG	10
I. Entstehungsgeschichte der Landeskompetenz für das Recht der »Spielhallen« aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 in Verb. mit Art. 70 GG	11
1. Beratungsphase	12
2. Redaktionsphase	13
3. Entscheidungsphase	18
4. Umsetzungsphase	21
5. Zwischenergebnis 1	23
II. Das Problem »gesetzeskonformer« Verfassungsauslegung	24
1. Bedeutung der Entstehungsgeschichte für die Verfassungsinterpretation	24
2. Bedeutung des möglichen Wortsinns für die Verfassungsinterpretation	27
3. Verstoß gegen das Verbot »gesetzeskonformer« Verfassungsauslegung?	30
4. Vorprägung von Gesetzgebungskompetenzen durch dazugehöriges einfaches Recht	33
5. Zwischenergebnis 2	36
III. Das Problem des »Sachzusammenhangs« der Spielhallenerlaubnis in § 33 i GewO mit weiteren Regelungen des gewerblichen Spiels	36
1. Kein »notwendiger Zusammenhang« zwischen Spielhallen- und Spielgeräterecht	38
2. Keine Ausweitung des »Rechts der Spielhallen« (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) durch die Ersetzungskompetenz in Art. 125 a Abs.1 Satz 2 GG	40
3. Kein Zwang zur Gleichbehandlung aller Geldgewinnspiele aus dem Kohärenz- oder Konsequenzgebot	42
4. Zwischenergebnis 3	45

IV. Der Regelungszweck der Herauslösung des »Rechts der Spielhallen« aus dem Recht der Wirtschaft in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG	46
1. Sinn und Zweck des »Negativkatalogs« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG	46
2. Bestimmung des Regelungszwecks nach der Entstehungsgeschichte	47
3. Das »Recht der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG als Ausnahmeregelung	49
4. Zwischenergebnis 4	52
Teil B:	
Zulässigkeit von Beschränkungen des Spielhallenbetriebs durch die Länder	54
I. Kompetenzschränken aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG	56
1. Abschichtung des Geräte- und Aufstellungsrechts (§§ 33 c bis G GewO)	56
2. Umfang und Grenzen der Landeszuständigkeit für orts- und raumbezogene Maßnahmen	59
3. Umfang und Grenzen der Landeszuständigkeit für personenbezogene Maßnahmen	62
4. Zwischenergebnis 5	63
II. Grundrechtsschränken aus Art. 12 Abs. 1 GG (am Beispiel von Zugangskontrollen)	63
1. Zugangskontrollen als Berufsausübungsregelung	64
2. Geeignetheit von Zugangskontrollen	66
3. Erforderlichkeit von Zugangskontrollen	67
a) Maßnahmen zum Spieler- und Jugendschutz	67
b) Gefährdungspotential des Geldgewinnspiels in Spielhallen und Spielbanken	69
c) Auswirkungen auf das Spielverhalten der Bevölkerung	70
4. Zumutbarkeit von Zugangskontrollen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn)	71
Zwischenergebnis 6	73
Zusammenfassung der Ergebnisse	75

Vorbemerkung

Durch das am 1. September 2006 im Kraft getretene »Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes« vom 28. August 2006 (BGBl. I S. 2034) ist im Rahmen der sog. Föderalismusreform I die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für das »Recht der Wirtschaft« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG um Materien mit regionalem Bezug entlastet und nunmehr »ohne das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte« verbürgt worden. Daraus folgt, dass nach Art. 70 GG auf diesen Gebieten seither die Gesetzgebungsbefugnisse bei den Ländern liegen. Gemäß Art. 125 a Abs. 1 GG gilt das diesbezügliche Recht des Bundes allerdings solange fort, bis es durch Landesrecht ersetzt wird.

Das Spielhallenrecht ist zur Zeit in § 33 i GewO bundesrechtlich geregelt¹. Bisher hat jedoch in diesem Bereich noch kein Land von seinem neuen Gesetzgebungsrecht Gebrauch gemacht. Dies mag unter anderem daran liegen, dass nicht nur Umfang und Reichweite dieser Zuständigkeit in Frage gestellt werden, sondern neuerdings auch der Gegenstand selbst durch Versuche ins Zwielflicht gerät, den Ländern im Wege einer extensiven Auslegung des Begriffs »Recht der Spielhallen« einen möglichst weiten Gestaltungsspielraum zu verschaffen und den Bund aus der Regelung des gewerblichen Automatenspiels nahezu vollständig zu verdrängen². Angesichts der Entstehungsgeschichte des neuen Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG liegt die Vermutung nahe, dass auf diese Weise – aus welchen Gründen auch immer – Positionen der Länder, die in den mit den Grundgesetzänderungen befaßten Gremien von Bundestag und Bundesrat keine Mehrheit gefunden haben, nachträglich doch noch durchgesetzt werden sollen.

- 1 Hinzu kommen einige Vorschriften in der aufgrund von §§ 33 f Abs. 1, 60 a Abs. 2 Satz 4 GewO erlassenen »Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit – Spielverordnung«, neu gefasst durch Bekanntmachung vom 27.1.2006 (BGBl. I S. 280), in denen – objektbezogen – die Aufstellung solcher Geldspielgeräte in »Spielhallen oder ähnlichen Unternehmen« (vgl. §§ 1 Abs. 1 Nr.2, 2 Nr.2 und 3 Abs. 2 und 3), der Zwang zur Veranstaltung anderer Geldgewinnspiele im Sinne von § 33 d Abs. 1 Satz 1 GewO in »Spielhallen oder ähnlichen Unternehmen« (§ 4 GewO) sowie die Pflicht des Aufstellers dieser Geräte zur Auslage von Informationsmaterial über die Risiken des Spielens in »Spielhallen« (§ 6 Abs. 4) geregelt sind.
- 2 Vgl. *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.

Damit hängt ein weiteres Problem zusammen, das teils aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, teils aus einigen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs resultiert: Es geht hierbei vor allem um die Verpflichtung des jeweils zuständigen Gesetzgebers, für das Glücksspiel wirksame Regelungen zur Bekämpfung der Suchtgefahren zu treffen. Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem Urteil vom 28. März 2006 das staatliche Sportwettenmonopol (in Bayern) mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) für unvereinbar erklärt, weil es in seiner rechtlichen Ausgestaltung nicht hinreichend gewährleistet, »dass das staatliche Wettangebot konsequent in den Dienst einer aktiven Suchtbekämpfung und der Begrenzung der Wettleidenschaft gestellt ist«³. Inzwischen haben die für das Glücksspiel zuständigen Länder diesen Anforderungen im sog. Glücksspielstaatsvertrag, in Kraft getreten am 1. Januar 2008, sowie in den zu dessen Durchführung erlassenen Landesgesetzen Rechnung getragen und dabei zugleich die Erwartung geäußert, dass der von ihnen für zuständig gehaltene Bund beim gewerblichen Spiel ihrem Beispiel folgen werde⁴.

Auch der Europäische Gerichtshof hat in mehreren Entscheidungen betont, dass Beschränkungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit durch staatliche Wettmonopole ausnahmsweise dann zulässig seien, wenn sie aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls, etwa zur Abwehr der sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft, die mit Spielen und Wetten einhergingen, gerechtfertigt seien. Allerdings erfordere dies ein kohärentes und systematisches Vorgehen der Behörden auf allen Gebieten des Glücksspiels, das nicht in Einzelbereiche teilbar sei⁵. Man wird daher nicht fehlgehen in der Annahme, dass diese Entscheidungen nicht nur für das staatlich veranstaltete Wett- und Spielwesen gelten, sondern auch für das gewerbliche (Automaten-)Spiel. Freilich müssen solche Beschränkungen – wie noch näher zu prüfen ist – ihrerseits mit den Grundrechten im deutschen Verfassungsrecht, namentlich mit der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sowohl der Betreiber von Spielhallen als auch der Aufsteller, Händler und Produzenten der Geldspielgeräte, vereinbar sein.

Zur Klärung der damit verbundenen verfassungsrechtlichen Fragen befasst sich die folgende Abhandlung sowohl mit dem Kompetenzproblem beim »Recht der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG als auch mit der Zuläs-

3 BVerfGE 115, 276 (312).

4 Vgl. u.a. die Begründungen zu den Regierungsentwürfen der entsprechenden Glücksspielgesetze in Baden-Württemberg vom 30.10.2007 (LT-Drs. 14/1930, S. 30 f.) und in Niedersachsen vom 4.10.2007 (LT-Drs. 15/4090, S. 63).

5 EuGH, Urteil vom 6. November 2003 in der Rs. C-243/01 (Gambelli), amtl. Slg. I – 13031, Rn. 60, 67.

sigkeit von Beschränkungen des gewerblichen Spiels in Spielhallen und Gaststätten durch die Länder. Sie versucht auszuloten, wie weit die neue ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder reicht und wo diese bei deren Wahrnehmung an verfassungsrechtliche Grenzen stößt. Demgemäß besteht sie aus zwei Teilen: einem Zuständigkeitsteil (A.) und einem Grundrechtsteil (B.).

A. Das Recht der »Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

Bislang war man sich weitgehend darüber einig, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG mit der Herausnahme des Rechts der »Spielhallen« aus dem Katalog der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes auf dem Gebiet des »Rechts der Wirtschaft« unmittelbar an § 33 i GewO anknüpft und damit nur die Regelung des Spielhallenbetriebs (einschließlich der hierfür erforderlichen Erlaubnis), allenfalls ergänzt durch die einschlägigen Vorschriften in der SpielV⁶, den Ländern überlässt⁷. Sogar die Länder selbst gehen inzwischen davon aus, dass »die in der Föderalismusreform übertragene Zuständigkeit für die Spielhallen . . . nur die (räumlich radizierte) Spielhallenerlaubnis in § 33 i GewO, nicht dagegen das gewerbliche Spielrecht der §§ 33 c bis 33 g GewO« umfasst⁸. Demgegenüber werden – wie bereits angedeutet – neuerdings Stimmen laut, die mit dem Ziel einer Ausdehnung des Regelungsspielraums der Länder nachzuweisen versuchen, dass Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bei der Aussonderung von Landeskompetenzen aus dem »Recht der Wirtschaft« von einem erweiterten Begriff des Rechts der »Spielhallen« ausgehe, der über § 33 i GewO hinaus das gesamte »Spielhallenwesen« einbeziehe und damit zugleich alle Vorschriften der §§ 33 c ff. GewO, die in einem rechtlichen oder tatsächlichen Zusammenhang mit der Spielhallenerlaubnis nach § 33 i GewO stün-

⁶ Vgl. Fn. 1.

⁷ In diesem Sinne vor allem *Ulrich Schönleiter*, Föderalismusreform und Gewerberecht – Erste Gedanken zur neuen Rechtslage, in: *GewArch* 2006/9, S. 371-373 (373); *ders.* (zusammen mit *Ralph Böhme*), Herbstsitzung 2006 des Bund-Länder-Ausschusses »Gewerberecht«, in: *GewArch* 2007/3, S. 108-113 (110); *Dittmar Hahn*, Neuregelungen zum gewerblichen Spielrecht, in: *GewArch* 2007/3, S. 89-97 (89); *Wolfram Höfling/Stephan Rixen*, Die Landesgesetzgebungskompetenzen im Gewerberecht nach der Föderalismusreform, in: *GewArch* 2008/1, S.1-9 (7 f.); *Rengeling/Szczekalla* in: *Bonner Kommentar* (Stand: September 2007), Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, Rn. 154; *Bodo Pieroth* in: *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, 9. Aufl., Art. 70, Rn. 23; *Rupert Stettner* in: *Dreier (Hrsg.)*, GG-Kommentar, Bd. II, 2. Aufl., 2007, Art. 74, Rn. 64; *Christoph Deegenhart* in: *Sachs*, GG-Kommentar, 4. Aufl., Art. 74, Rn. 47; *ders.*, Die Neuordnung der Gesetzgebungskompetenzen durch die Föderalismusreform, in: *NVwZ* 2006, S. 1209-1216 (1213 f.); *Stefan Oeter*, in: *Chr. Starck* (Hrsg.), Föderalismusreform – Einführung, 2007, Rn. 63; *Hans-Peter Friedrich*, Recht der Wirtschaft, in: *Holtschneider/Schön*, Die Reform des Bundesstaates, 2007, S. 239-246 (245 f.); *André Schmitz*, Recht der Wirtschaft und regionale Arbeitsmarktpolitik, ebenda, S. 247-268 (Fn. 17: »jedenfalls § 33 i GewO«); *Jörg Ennuschat/Christina Brugger*, Gesetzgebungskompetenzen im Spielhallenrecht nach der Föderalismusreform, in: *ZfWG* 2006, S. 292-293 (292: »zumindest § 33 i GewO«).

⁸ Vgl. die Nachweise in Fn. 4.

den. Es sprächen »gute Gründe für die Annahme, dass die neue Landeszuständigkeit für das Spielhallenwesen auch die Kompetenz umfasst, das Genehmigungsverfahren für Spielhallen und die dort präsentierten Angebote insgesamt neu zu ordnen und ggf. zu bündeln«⁹. Dabei wird zunächst¹⁰ angenommen, dass »Inhalt und Reichweite der über Art. 74 Nr. 11 iVm. Art. 70 I GG ausgesprochenen Kompetenzzuweisung an die Länder . . . in den Beratungen zur Föderalismusreform – soweit ersichtlich – nicht näher erörtert worden« seien¹¹. Das ist jedoch, wie sich aus den folgenden Darlegungen ergibt, so nicht zutreffend oder bedarf doch zumindest wesentlicher Ergänzungen, die den Ansatz einer extensiven, schon mit dem Wortlaut kaum vereinbaren Auslegung des Spielhallenbegriffs in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG als »Spielhallenwesen« zu erschüttern und die herrschende, sich dabei auf § 33 i GewO konzentrierende Meinung zu bestärken vermögen.

I. Entstehungsgeschichte der Landeskompetenz für das Recht der »Spielhallen« aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 in Verb. mit Art. 70 GG

Unrichtig ist bereits die Feststellung, dass die Idee der Herauslösung des Spielhallenrechts aus dem Recht der Wirtschaft durch die Föderalismuskommission I in dem Vorentwurf der Kommissionsvorsitzenden vom 13. Dezember 2004 »erstmalig dokumentiert« worden sei, »ohne dass sich in diesem Kontext freilich nähere Ausführungen zum Inhalt dieser Kompetenz finden«¹². Vielmehr hat dieser Vorschlag nicht nur eine lange Vorgeschichte, die sich in den Beratungen der Föderalismuskommission wiederholt sowohl mündlich wie schriftlich niedergeschlagen hat, sondern auch eine »Nachgeschichte«, die sich bis zum Inkrafttreten der Reform am 1. September 2006

9 So *Dietlein*, a.a.O., S.18. *D.* vergleicht die durch die Föderalismusreform geschaffene »optionale Loslösung des Spielhallenrechts aus dem Gewerberecht« sogar mit der »gewerberechtlichen »Bereichsausnahme« für das Spielbankenrecht nach § 33 h Nr. 1 GewO« (Herv. im Original).

10 Auf die übrigen Argumente, die zur Stützung dieser Ansicht vorgetragen werden, geht die Studie in den späteren Kapiteln näher ein (vgl. unten S. 30 ff., 33 ff., 38 ff., 40 ff., 42 ff., 46 ff.).

11 *Dietlein*, a.a.O., S. 12. Die von *D.* zitierte Belegstelle bei *Friedrich* (a.a.O., Fn. 7, S. 245) lautet freilich etwas anders; es heißt dort mit Bezug auf die Gesetzgebungsgegenstände Spielhallen, Messen, Ausstellungen und Märkte: »Sie wurden in den Beratungen der Kommission in den Arbeitsgruppen und in der Projektgruppe 5 kaum explizit angesprochen oder erörtert«.

12 So aber *Dietlein*, a.a.O., S. 12.

nachzuzeichnen lohnt, wenn man die *gesamte* Genese des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 n.F. GG zu dessen Verständnis heranzuziehen bereit ist. Rückblickend lässt sich der Entstehungsprozess dieser Norm in vier Phasen gliedern, von denen die ersten drei zur Föderalismuskommission I gehörten, während sich die vierte im Anschluss daran auf allgemein politischer Ebene sowie in den gesetzgebenden Körperschaften selbst abspielte: die Beratungs-, Redaktions- und Entscheidungsphase innerhalb sowie die Umsetzungsphase außerhalb der Kommission.

1. *Beratungsphase*

Nachdem sich die Föderalismuskommission I am 7. November 2003 konstituiert hatte und am 28. November zu einer ersten Arbeitssitzung zusammengetreten war, fand bereits am 12. Dezember 2003 die erste öffentliche Expertenanhörung zum Thema »Zuordnung von Gesetzgebungszuständigkeiten auf Bund und Länder« statt. Bei dieser Gelegenheit erwähnte der Sachverständige Prof. Dr. Fritz Scharpf bereits das »Recht der Wirtschaft« als möglichen Gegenstand einer Kompetenzverlagerung auf die Länder, betonte aber zugleich einschränkend, dass »die Landtage im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes *einzelne Regelungen* des Bundesrechts ändern oder ersetzen können« sollten¹³. Die Sachverständigen Prof. Dr. Arthur Benz und Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Jortzig nannten »Handwerk« und »Gewerbe« als mögliche Gegenstände einer künftigen Landesgesetzgebung¹⁴.

In einem »Arbeitspapier« der Chefs der Staatskanzlei von Baden-Württemberg und der Senatskanzlei von Berlin über »Funktionale Systematisierung der Zuständigkeiten von Bund und Ländern« vom 20. Januar 2004 wurden erstmals Kriterien für eine »Kompetenzabschichtung zwischen Bund und Ländern« entwickelt sowie »eine erste (Grob-)Zuordnung von Zuständigkeiten« vorgenommen. Laut Anlage 2 sollten neben der Eigenstaatlichkeit der Länder auch »Regionalität und Ortsnähe« zu den Verteilungsmaßstäben gehören. Aus dieser Sicht führte die Anlage 1 unter der Überschrift »Regelung von Sachverhalten mit überwiegend regionalen oder örtlichen Bezügen« bei Art. 74 Abs.1 Nr.11 GG auch die »regionale Wirtschaftspolitik, außerdem z.B. Investitionshilfen, Ladenschluss, Handwerk« auf. Vom Gewerberecht

13 *Fritz Scharpf* in: Protokoll der 3. öffentlichen Sitzung am 12.12.2003, S. 66. Vgl. auch seine Stellungnahme (ohne Datum) zu dieser Sitzung (Kommissionsdrucksache 0007).

14 Vgl. die »Synoptische Arbeitshilfe für die Arbeitsgruppe »Gesetzgebungskompetenzen und Mitwirkungsrechte« der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung«, S. 12 (Arbeitsunterlage 0004).

oder von Teilen desselben war in diesem Arbeitspapier allerdings noch nicht die Rede¹⁵.

Dagegen sprach sich das auf einer Sonderkonferenz der Ministerpräsidenten am 6. Mai 2004 beschlossene »Positionspapier zur Föderalismusreform« unter der Rubrik »Wirtschaftsrecht mit vorrangig regionaler Bedeutung« klar und eindeutig für eine Stärkung entsprechender Gestaltungsmöglichkeiten der Länder aus, und zwar »insbesondere durch Übertragung von Kompetenzen aus dem Recht des Handwerks, der Industrie- und Handelskammern, des Gewerbes, der Gaststätten und der Ladenöffnung durch Vollübertragung oder Zugriffsrecht«¹⁶. Noch konkreter äußerte sich die Konferenz der Fraktionsvorsitzenden von CDU und CSU der deutschen Länderparlamente in ihrem Beschluss zur »Reform des Föderalismus in Deutschland« vom 17. Mai 2004. Danach könnten folgende Materien in eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder überführt oder zumindest mit einem Zugriffsrecht der Länder versehen werden: »Teilbereiche des Rechts der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG), wie z.B. Gewerbe (insbesondere Ladenschluss), Handwerk, Bergbau und die außerschulische berufliche Bildung – mit Ausnahme von Zugangs- und Abschlussregeln«¹⁷.

Damit stand für die Kommission am Ende der Beratungsphase bereits zu Beginn der Sommerpause fest, dass jedenfalls erstens Teilbereiche aus dem »Recht der Wirtschaft« den Ländern zugewiesen oder in Form von Zugriffsrechten oder Öffnungsklauseln zugänglich gemacht werden sollten und dass zweitens zu diesen Teilbereichen auch Einzelregelungen aus dem Gewerbe-recht gehören würden.

2. *Redaktionsphase*

An die Beratungsphase der Kommission schloss sich eine Redaktionsphase an, die durch konkrete Formulierungsarbeit in sog. Projektgruppen geprägt war. Die Aufgabe, einen Vorschlag für die beabsichtigte Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zu entwerfen, fiel der Projektgruppe 5 zu, die gemäß den Vorgaben aus dem Positionspapier der Ministerpräsidenten für »Regionale Themen« zuständig war und speziell zu dem Zweck eingerichtet wurde, vor allem im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung nach Materien zu suchen, die wegen ihres regionalen oder lokalen Bezuges den Ländern zur

15 Arbeitsunterlage 0015, S. 5 und 6.

16 Kommissionsdrucksache 0045, S. 7 f.

17 Kommissionsdrucksache 0048, S. 2.

ausschließlichen Regelung überlassen werden konnten. Die Projektgruppe 5 führte vom 16. Juni bis zum 29. September 2004 insgesamt sechs Sitzungen durch und kann im Ergebnis als eigentlicher Urheber der Endfassung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bezeichnet werden.

Zu Beginn der Projektphase lagen in dieser Frage die Vorstellungen von Bund und Ländern freilich noch weit auseinander. Das Staatsministerium Baden-Württemberg und die Senatskanzlei Berlin legten am 24. Juni 2004 zwecks »Konkretisierung der Länderposition zum ›Recht der Wirtschaft‹ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG)« ein Papier vor, das die Ergebnisse einer von den Chefs der Staats- und Senatskanzleien bereits auf ihrer Sondersitzung am 23./24. März 2004 in Frankfurt am Main eingesetzten länderoffenen Arbeitsgruppe »Wirtschaftsrecht« enthielt und sich zugleich auf das »Positionspapier« der Ministerpräsidenten vom 6. Mai bezog. Ausgehend von dem Grundsatz, dass angesichts der Bedeutung eines einheitlichen Wirtschaftsraums die Regelung der grundlegenden Rahmenbedingungen wirtschaftlicher Betätigung mit Recht dem Bund zugewiesen seien, gäbe es »gleichwohl . . . auch hier vorrangig regional- oder ortsbezogene Lebenssachverhalte, bei denen mehr Gestaltungsfreiheit der Länder sinnvoll ist«. Dabei dürfe allerdings durch Differenzierungen in den Ländern der nationale und internationale Wirtschaftsverkehr nicht beeinträchtigt werden¹⁸. Damit wird die Projektgruppe auch dem Gebot der Dienstleistungsfreiheit entsprechend den Grundsätzen der Europäischen Union gerecht.

Bei den einzelnen Regelungsbereichen schlugen die Länder vor, das gesamte Gewerberecht in die Länderkompetenz zu übertragen. Das allgemeine Gewerberecht sei »überwiegend regional und örtlich radiziert«. Überregionale Sachverhalte ließen sich – wie in anderen Politikfeldern – auch hier bei Bedarf durch Koordination auf Länderebene gestalten. Die Gewerbeordnung weise als eines der ältesten Gesetze eine Vielzahl nur historisch zu verstehender, überholter Bestimmungen auf und habe teilweise den Charakter eines Gesetzes-Torso. Eine Kompetenzabschichtung auf die Länder würde auch hier zu einer längst überfälligen Bereinigung und Deregulierung als Element der Staatsmodernisierung beitragen können. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG sollte daher wie folgt lauten:

»11. das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen) mit Ausnahme des Rechts der außerschulischen beruflichen Bildung, der Gaststätten, des Laden-

18 Vgl. Projektgruppe 5 (Regionale Themen), PAU-5/0002, Anlage 1, S. 1.

schlusses, des Schornsteinfegerwesens, der Industrie- und Handelskammern, des Handwerks und des Gewerbes«¹⁹.

Damit war freilich eine Maximalposition bezogen worden, von der damals auch den Ländern klar gewesen ist, dass sie sich so wohl nicht würde halten lassen.

Die Antwort des Bundes ließ daher auch nicht lange auf sich warten. In einer Stellungnahme (ohne Datum) lehnte das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit die Vorschläge der Länder zum allgemeinen Gewerberecht und zum Gaststättenrecht rundweg ab. Die Kompetenzen für das Gewerbe- und Gaststättenrecht müßten weiterhin in der Gestaltungshoheit des Bundes verbleiben. Wirtschaftliche Aktivitäten hätten heute tendenziell immer weniger einen beschränkten regionalen Bezugspunkt. Das gelte nicht nur für großbetrieblich strukturierte Gewerbe, die sowieso länderübergreifend über Niederlassungen verfügten, sondern auch für kleinere Betriebe, die ihre Tätigkeiten nicht ausschließlich vor Ort anböten. Der volkswirtschaftlich zunehmende Anteil der Dienstleistungswirtschaft, die im Vergleich zur güterproduzierenden Wirtschaft weniger an bestimmte Standorte gebunden sei, unterstreiche dies nur.

Daher sei zur Wahrung der Rechtseinheit (im Sinne von Art. 72 Abs. 2 GG) weiterhin eine einheitliche übergreifende Regelungskompetenz beim Bund unbedingt erforderlich. Sodann fährt die Stellungnahme wörtlich fort:

»Das gilt insbesondere in Bezug auf die bundeseinheitlich zu bestimmenden Zulassungskriterien zu den einzelnen Gewerben. Unterschiedliche Regelungen in den einzelnen Ländern, die – möglicherweise politisch motiviert – bei einer Verlagerung der Gesetzgebungskompetenzen entstehen könnten, würden die wirtschaftlichen Ausbaumöglichkeiten vieler Gewerbe erheblich beeinträchtigen, ganz zu schweigen von dem damit dann einhergehenden Bürokratieaufbau. Aus gutem Grunde war daher dieser Bereich nach Einführung der Gewerbefreiheit im 19. Jahrhundert bereits zu Zeiten des Norddeutschen Bundes reichseinheitlich geregelt (vgl. § 1 GewO). Die aktuelle Diskussion über bundeseinheitliche »Mustergesetze« für den Bereich der – derzeit verfassungsrechtlich vorgegebenen – Titelschutzgesetze der Länder zeigt deutlich, in welche Schwierigkeiten man sich bei einer Verlagerung der Gesetzgebungskompetenzen begeben würde«.

Im übrigen biete »das derzeitige Recht genügend Flexibilität, um im Vollzug der Bundesgesetze regionalen Spezifika Rechnung zu tragen; *ebenso könnte man punktuell einzelne Bestimmungen in die Landeszuständigkeit verlagern*

19 Ebenda, S. 3 f.

(z.B. § 18 GastG, der die Grundlage für Sperrzeitbestimmungen der Länder enthält)«²⁰.

In gedrängter Form zusammengefasst finden sich die gegensätzlichen Auffassungen und Argumente beider Ebenen auch in einer »Synoptischen Darstellung der Positionen von Bund und Ländern zum Recht der Wirtschaft, zum Wohnungswesen und zur Öffentlichen Fürsorge« des Staatsministeriums Baden-Württemberg vom 3. August 2004²¹.

Angesichts der damit drohenden Blockade baten die Länder in einer Sitzung der sog. Kleinen Gruppe der Projektgruppe 5 am 3. September 2004 um Stellungnahme, ob das von der Bundesregierung gesehene Bedürfnis, grundlegende Rahmenbedingungen wirtschaftlicher Betätigung bundesgesetzlich zu regeln, für alle Bereiche der Gewerbeordnung und der Handwerksordnung bestehe. Vor dem Hintergrund, dass die Länder »Abschichtungen« in Regelungsbereichen für denkbar hielten, in denen die lokale Radizierung des Handwerks- und Gewerbebetriebs im Vordergrund steht, unternahm das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit schließlich eine sehr zeitaufwendige Analyse des allgemeinen Gewerberechts und legte deren Ergebnis in einem Papier zur »Gewerbeordnung und Handwerksordnung« nieder, das den Mitgliedern der Projektgruppe 5 am 28. September 2004 durch den Staatssekretär im Bundesministerium der Justiz zugeleitet wurde und damit – wegen dessen Federführung für Angelegenheiten der Förderalismusreform I – als offizielle Stellungnahme der Bundesregierung zu betrachten ist²².

Auf der Suche nach solchen abschichtbaren Regelungsbereichen wurde festgestellt, dass im Gewerberecht »eine lokale Radizierung . . . heute nur noch bei einzelnen Bestimmungen anzutreffen« sei. In Titel I sei ein lokaler Bezug nicht zu finden. Auch bei den meisten Vorschriften in Titel II erscheine eine Regelung auf Länderebene nicht sinnvoll. Darüber hinaus enthalte Titel II mit seinen zahlreichen Normen, die für alle wirtschaftlichen Tätigkeiten Bedeutung hätten, nur wenige, sehr detailliert ausgestaltete Bestimmungen über einige Gewerbe, die erlaubnisbedürftig seien (insoweit vergleichbar mit einem Fachgesetz). Es folgt eine Liste von insgesamt zwölf Einzelschriften (darunter §§ 30, 33 a, 34, 34 a, 34 c, 36, und 38 GewO), in der sich auch die Regelungen über

» – Gewinnspiele und Geldspielgeräte – außer Spielbanken, Lotterien, Toto, die landesspezifisch normiert sind, dort z.T. mit einem unter großen Mühen erarbei-

20 Projektgruppe 5 (Regionale Themen), PAU-5/0006, S. 3 f. (Herv.d.Verf.).

21 Projektgruppe 5 (Regionale Themen), PAU-5/0008, insbes. S. 2 f.

22 Projektgruppe 5 (Regionale Themen), PAU-5/0020.

teten Staatsvertrag wieder einer bundesweiten Regelung zugeführt wurden (§§ 33 c bis h)«

und davon getrennt

» – Spielhallen (§ 33 i)«

finden. »Bei einzelnen dieser Bereiche« – so das Ergebnis der Analyse des BMWA – »käme hier eine Verlagerung der Kompetenz auf die Länderebene in Betracht, soweit ein lokaler Bezug vorhanden ist«²³.

In der Sitzung der Projektgruppe 5, in der diese Stellungnahme behandelt wurde, war man sich zwar noch nicht über eine endgültige Neufassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG einig, aber doch darüber, dass der Gedanke einer Kompetenzabschichtung unter dem Gesichtspunkt der »lokalen Radizierung« weiter verfolgt werden solle. Die weitere Prüfung einer Abschichtung von allgemeinen Regelungen und ortsbezogenen Bestimmungen sei sinnvoll. Für die Gewerbeordnung sei festzuhalten, dass diese für alle Gewerbe zentrale Grundbestimmungen, aber auch spezialgesetzliche Regelungen (z.B. hinsichtlich des privaten Sicherungsgewerbes) und rein lokal bezogene Regelungen beinhalte (z.B. über Messen, Märkte und Ausstellungen). Bei letzteren erscheine eine Übertragung der Kompetenz auf die Länder sinnvoll. Der Sprecher der Projektgruppe schlug daher vor, der Kommission zu empfehlen, bei der Zuordnung der Kompetenzen dem Ansatz der »örtlichen Radizierung« in Bezug auf die genannten Materien des Rechts der Wirtschaft zu folgen. Ein Mitglied der Projektgruppe bat jedoch darum, mit einer definitiven Festlegung abzuwarten, bis eine Entscheidung über das Instrumentarium der Abweichungsmöglichkeiten der Länder getroffen worden sei. Die endgültige Beschlussfassung über eine konkrete Formulierung wurde daher auf die letzte Sitzung der Projektgruppe am 29. September 2004 verschoben, auf der jedoch ebenfalls zunächst keine Einigung erzielt werden konnte.

Deshalb konnte der Sprecher der Projektgruppe 5 auf der 7. Sitzung der Kommissions-Arbeitsgruppe »Gesetzgebungskompetenzen und Mitwirkungsrechte« am 30. September 2004 in seinem Bericht über die Projektgruppenarbeit zwar feststellen, dass die Bundesseite Entgegenkommen in Bereichen signalisiert habe, bei denen – insbesondere im Gewerberecht – ein Sachverhalt eindeutig »örtlich radiziert« sei, musste aber zugleich einräumen, dass die Projektgruppe von einer Konkretisierung sowie einer Festlegung, ob die Zuständigkeitsverlagerung einfachgesetzlich oder verfassungsrechtlich erfol-

23 Ebenda, S. 3 f. (Herv. im Original).

gen solle, bisher abgesehen habe. Im Grundsatz einig sei man sich zwischen den Vertretern des Bundesrats, des Deutschen Bundestages und der Bundesregierung lediglich darin, »dass es keine Veränderungen geben solle, die den einheitlichen Wirtschaftsraum gefährden könnten oder für die Wirtschaft nachteilig seien«²⁴.

3. Entscheidungsphase

In der Zwischenzeit gingen bei der Kommission auf Fragen des Abg. Volker Kröning an die Sachverständigen nach den Konsequenzen einer Verlagerung von Gesetzgebungskompetenzen zum einen auf den Bund zur ausschließlichen Wahrnehmung und zum anderen auf die Länder²⁵ zahlreiche Antworten ein, von denen zwei für die weiteren Beratungen bedeutsam waren. Der Sachverständige Prof. Dr. Rupert Scholz empfahl zur Übernahme in eine ausschließliche Bundeskompetenz auch »das Recht der Wirtschaft (ausgenommen wirtschaftrechtliche Sachverhalte mit *ausschließlich* regionalem Regelungsbezug)«²⁶. Der Unterzeichnende regte einen neuen, gesonderten Katalog mit ausschließlichen Gesetzgebungskompetenzen der Länder an, darunter auch »das Recht der regionalen und kommunalen Wirtschaft (einschl. öffentliche Unternehmen, Markt- und Messewesen, Ladenschluss)«²⁷.

In der darauf folgenden 9. (nicht öffentlichen) Plenarsitzung der Kommission am 14. Oktober 2004 konnte der Berichterstatter für die sog. Regionalen Themen der Projektgruppe 5, Ministerpräsident Erwin Teufel (Baden-Württemberg), beim »Recht der Wirtschaft« immerhin bereits Einigkeit im Grundsätzlichen und in einigen Details feststellen. Im Einzelnen komme eine Übertragung des Gaststättenrechts, des Ladenschlussrechts, des Schornsteinfegerrechts sowie des Gewerberechts – in spezifischen Bereichen mit örtlichem Bezug – in Betracht. Schwierig werde es im allgemeinen Gewerberecht, im Handwerksrecht, im Recht der Industrie- und Handelskammern. Voraussetzung für eine Kompetenzübertragung sei jedenfalls, dass bundesgesetzlich die Dienstleistungsfreiheit geregelt bleibe²⁸.

24 Vgl. den Protokollvermerk über die 7. Sitzung der Arbeitsgruppe »Gesetzgebungskompetenzen und Mitwirkungsrechte« vom 6. Oktober 2004, S. 21 ff. Dem Vermerk war als Anlage 29 die Stellungnahme des BMWA vom 28. September 2004 (PAU-5/0020) beigelegt (vgl. Fn. 22).

25 Kommissionsdrucksache 0071 – neu –.

26 Kommissionsdrucksache 0071 – neu – g, S. 2 (Herv.d.Verf.).

27 Kommissionsdrucksache 0071 – neu – h, S. 2.

28 Stenografischer Bericht über die 9. Sitzung am 14. Oktober 2004 (Kommissionsprotokoll 9), S. 231.

Wenige Tage später ging der Kommission die sog. »Münchner Erklärung« der Präsidentinnen und Präsidenten der deutschen Landtage sowie der Fraktionsvorsitzenden der Bank der Landtage in der Bundesstaatskommission vom 18. Oktober 2004 zu, in der die Forderung der Länder nach weiteren Gesetzgebungskompetenzen erneut bekräftigt wurde. Die Länder müßten Sachverhalte mit regionalem Bezug selbständig gestalten können. Sie könnten besser örtliche Gegebenheiten berücksichtigen und bessere Problemlösungen hierfür vorsehen. Das gelte für wirtschaftsrechtliche Regelungen mit stark lokalem Bezug (z.B. Ladenöffnungszeiten, Gaststättenrecht, Regelungen für Messen und Märkte, Schornsteinfegerwesen, Grundstücksverkehr) oder regionalen Besonderheiten (z.B. Wohnungswesen, land- und forstwirtschaftliche Erzeugung, Heimrecht). Einzelne Sachbereiche wie z.B. bei der Kinder- und Jugendhilfe müßten noch eingehend erörtert werden²⁹.

Die endgültige Lösung bereits in einer Vorform des neuen Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG wurde schließlich in der Erweiterten Obleuterunde der Kommission am 10. November 2004 gefunden. Im Sprechzettel der Vorsitzenden Franz Müntefering und Edmund Stoiber über »Eckpunkte zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung« heißt es unter II. (Reform der Gesetzgebungskompetenzen – besonderes Anliegen der Länder) wörtlich: »Länderseite sieht die Notwendigkeit, ganze »Politikfelder« zur autonomen Gestaltung zu bekommen, vorrangig Personal, Bildung/Hochschule und im regionalen Bereich«. Unter III. (Reform der konkurrierenden Gesetzgebung) wird gesagt: »Bundesseite schlägt im Sinne einer stärkeren Kompetenztrennung folgendes Modell vor:

- a) Kompetenzverlagerung auf die Länder (aus Art. 74 GG)

...

- 6. Teile des Gewerberechts (**Konsens**):

- Ladenschlussrecht

- Gaststättenrecht

- Schornsteinfegerrecht (Bund: keine lastenfreie Übertragung)

- Recht der Privatkrankenanstalten

- Schaustellung von Personen

- Spielhallen

- Messen, Ausstellungen und Märkte

- ...«³⁰.

29 Kommissionsdrucksache 0083, S. 2. Eine »Übersicht über die Vorschläge der Sachverständigen, der Präsidenten der Landtage und der MPK zur Übertragung von Materien aus der konkurrierenden Gesetzgebung und der Rahmengesetzgebung in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes bzw. der Länder« mit Stand vom 27. Oktober 2004 enthält die Kommissionsdrucksache 0085.

30 Sprechzettel der Vorsitzenden zur Erweiterten Obleuterunde am 10. November 2004, S. 2 f.

Dieser Vorschlag der Bundesregierung, in dem jetzt nur noch von »Spielhallen« die Rede war, nicht aber mehr zugleich auch von »Gewinnspiele(n) und Geldspielgeräte(n)« wie noch in der Stellungnahme des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit zur »Gewerbeordnung und zur Handwerksordnung« vom 28. September 2004³¹, wurde ebenfalls im BMWA vorbereitet. Der »Konsens« mit den Ländern war im Wege eines Kompromisses zustande gekommen, wobei die Länderseite auf die Zuständigkeit für »Gewinnspiele und Geldspielgeräte« (§§ 33 c bis h GewO) verzichtet und sich statt dessen mit der alleinigen Kompetenz für das »Recht der Spielhallen« im Sinne von § 33 i GewO zufrieden gegeben hatte³². Denn der sachliche Einwand des Bundes, dass es sich bei den Gegenständen der §§ 33 c bis h GewO nicht mehr um Materien mit *ausschließlich* örtlichem Regelungsbezug handele und die Automatenwirtschaft von der Herstellung bis zur Aufstellung von Spielgeräten nicht einem von Land zu Land differierenden Normenregime unterworfen werden könne, war kaum zu entkräften.

Der Sprechzettel der Vorsitzenden zur nächsten Erweiterten Obleuterunde am 26. November 2004 enthielt – mit einer geringen Ausnahme – bereits die künftige Endfassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG; sie lautete:

- »11. das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen, **ohne das Recht des Ladenschlusses, des Gaststättenrechts, der Privatkrankenanstalten (Prüfvorbehalt), der Schaustellung von Personen, der Spielhallen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte**«³³.

Im Sprechzettel der Vorsitzenden zur letzten Erweiterten Obleuterunde am 3. Dezember 2004 wurde unter dem Punkt »Kompetenzverlagerung auf die Län-

31 Projektgruppe 5 (Regionale Themen), PAU-5/0020, S. 3 f. Vgl. auch oben S. 16.

32 Vgl. auch den Kommissions-Sachverständigen *Fritz Scharpf*, Föderalismusreform: Weshalb wurde so wenig erreicht?, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 50/2006, S. 24: »Dass unter diesen Umständen der Bund wenig gewinnen konnte, liegt auf der Hand. Aber auch aus der Sicht der süd- und westdeutschen Länder wurden die Reformziele nicht erreicht. *Wo es ihnen um die Möglichkeit der autonomen Gestaltung politisch und wirtschaftlich bedeutsamer »Lebenssachverhalte«*gegangen war, stand am Ende der Beratungen ein Katalog isolierter Zuständigkeiten für eng umschriebene Spezialgesetze. Dabei hatte sich etwa die ursprünglich geforderte Kompetenz für die regionale Wirtschafts- und Arbeitsmarktpolitik auf Zuständigkeiten für Ladenschluss, Gaststätten und Spielhallen reduziert, von der Umweltpolitik blieb die Zuständigkeit für die Regelung des Freizeitlärms, und die regionale Sozialpolitik schrumpfte auf das Heimrecht (vgl. Art. 74 Abs. 1, 7, 11, 17, 18, 24, 27 GG [neu]). Für München, Stuttgart, Wiesbaden oder Düsseldorf waren dies »Quisquilien« oder »Kleinkram«. »Dafür«, so ein Interviewpartner aus dem Stuttgarter Staatsministerium, »waren wir nicht angetreten« (Herv.d.Verf.).

33 Sprechzettel der Vorsitzenden zur Erweiterten Obleuterunde am 26. November 2004, S. 6 (Herv. im Original).

der (aus Art. 74 GG« wiederum nur »5. Spielhallen/Schaustellung von Personen« aufgeführt und für Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG – nach Wegfall der Privatkrankenanstalten – dieselbe Fassung gewählt wie im Sprechzettel für die Obleuterunde am 26. November³⁴. In sprachlich leicht verbesserter Form fand diese Fassung – zunächst noch ohne das Recht der Schaustellung von Personen – schließlich auch in den allgemein bekannten »Vorschlag der Vorsitzenden« vom 13. Dezember 2004 Eingang, wo Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nunmehr wie folgt lautete:

- »11. das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen) **ohne das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte**«³⁵.

Daran wurde bis zum Abbruch der Kommissionsarbeit am 17. Dezember 2004 nichts mehr geändert.

4. *Umsetzungsphase*

Nachdem die Kommission Ende Dezember ihre Arbeiten – angeblich wegen unüberbrückbarer Differenzen zwischen Bund und Ländern in der Bildungspolitik – überraschend ohne Ergebnis hatte einstellen müssen und die Föderalismusreform I damit praktisch schon gescheitert schien, noch bevor sie überhaupt die gesetzgebenden Körperschaften erreichte, begannen alsbald danach von Januar 2005 an intensive Gespräche zwischen allen Beteiligten mit dem Ziel, doch noch Möglichkeiten einer Verständigung über die letzten offen gebliebenen Fragen auszuloten oder wenigstens einiges von dem zu retten, was bereits verabredet war. In die öffentliche Diskussion darüber hatte sich sogar der Bundespräsident eingeschaltet und an die Verantwortlichen appelliert, einen neuen Anlauf zu unternehmen. Zunächst gestalteten sich diese Versuche einer Revitalisierung der Föderalismusreform I auch recht vielversprechend, bis sie nach der Landtagswahl in Nordrhein-Westfalen und der Ankündigung des Bundeskanzlers vom 22. Mai 2005, alsbald Neuwahlen herbeiführen zu wollen, ins politische Abseits zu laufen schienen und daher

34 Sprechzettel der Vorsitzenden zur Erweiterten Obleuterunde am 3. Dezember 2004, S. 3 und 6.

35 Sprechzettel der Vorsitzenden zur Erweiterten Obleuterunde am 26. November 2004, S. 6 (Herv. im Original).

endgültig eingestellt wurden. Denn im bevorstehenden Wahlkampf waren weitere Kompromisse von vornherein nicht zu erwarten.

Mit der durch das Wahlergebnis vom 18. September 2005 mehr oder weniger erzwungenen Bildung einer Großen Koalition zwischen CDU/CSU und SPD im Bund lebte plötzlich auch die Föderalismusreform wieder auf. Denn bei der Suche nach gemeinsamen politischen Zielen lag es nahe, sich zunächst einmal auf ein Projekt zu verständigen, das bereits im Wesentlichen konsentiert war. So heißt es im Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD vom 11. November 2005:

»Die große Koalition hat sich auf die Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung auf der Grundlage der Vorarbeiten in der Föderalismusreform von Bundestag und Bundesrat, wie in der Anlage festgehalten (Anlage 2), geeinigt. Aus der Mitte des Deutschen Bundestages werden mit den Ländern abgestimmte Entwürfe für ein Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes und für ein Artikelgesetz, das die Änderung bzw. den Erlass der dazugehörigen Gesetze umfasst, eingebracht und zügig verabschiedet.«

Die erwähnte Anlage 2 entsprach weitestgehend dem im »Vorschlag der Vorsitzenden« vom 13. Dezember 2004 fixierten Ergebnis der Kommissionsberatungen und enthielt daher auch jene Fassung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, die sich – unter Ausschluss des Rechts der Gewinnspiele und Geldspielgeräte (§§ 33 c bis h GewO) – auf das »Recht der Spielhallen« in § 33 i GewO beschränkte. Nur das »Recht der Schaustellung von Personen« war zwischen den Worten »der Spielhallen« und »der Messen« wieder eingefügt worden. Offenbar hatten es die Vorsitzenden damals vergessen.

Umgesetzt wurde dieses Vorhaben schließlich mit einem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und der SPD vom 7. März 2006 (BT-Drs. 16/813). In der Begründung zur Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG heißt es: »Aus der konkurrierenden Gesetzgebungsbefugnis für das Recht der Wirtschaft wird das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte ausgenommen; es unterfällt damit künftig der ausschließlichen Gesetzgebungsbefugnis der Länder«³⁶.

Während der Beratungen des Gesetzentwurfs im federführenden Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages unternahm die FDP-Fraktion einen letzten Versuch, dies zu verhindern. Sie beantragte, im neu gefassten Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG die Wörter »der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte« zu streichen.

36 BT-Drs. 16/813, S. 13.

Begründet wurde dies damit, dass zum Recht der Wirtschaft alle das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung regelnden Normen gehörten, die sich in irgendeiner Form auf die Erzeugung, Herstellung und Verbreitung von Gütern des wirtschaftlichen Bedarfs bezögen. Daher sei kein sachlicher Grund erkennbar, warum das Recht der Wirtschaft insgesamt in der konkurrierenden Gesetzgebung bleibe, aber das Gaststättenrecht als unbestreitbarer Teil des Rechts der Wirtschaft aus der Bundeszuständigkeit ausgeklammert und in die Gesetzgebungskompetenz der Länder überführt werden solle. Das gleiche gelte für Spielhallen, Messen, Ausstellungen und Märkte. Das Gaststättenrecht enthalte wichtige Verbraucherschutzbestimmungen. Da die entsprechenden Zuständigkeiten für Gesundheitsschutz, Schutz vor Alkoholmißbrauch, Umweltschutz und Arbeitsschutz jedoch beim Bund verblieben, sei eine Verlagerung des Gaststättenrechts auf die Länder nicht sinnvoll. Analog gelte dies für Spielhallen, Messen, Ausstellungen und Märkte, wobei bei Messen noch die internationale Ausrichtung zu berücksichtigen sei.³⁷ Obwohl diese Argumente durchaus Vieles für sich haben, konnte sich die FDP-Fraktion damit letztlich nicht durchsetzen. Gemeinsam mit dem nur in wenigen Punkten veränderten gesamten Gesetzentwurf wurde auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in der vorgeschlagenen Fassung vom Bundestag am 30. Juni 2006 in 3. Lesung bei namentlicher Abstimmung mit Zweidrittelmehrheit beschlossen. Der Bundesrat stimmte im 2. Durchgang am 7. Juli 2006 ebenfalls mit einer Mehrheit von Zweidritteln seiner Stimmen zu. Das damit zustande gekommene Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes wurde am 28. August 2006 verkündet³⁸ und trat am 1. September 2006 in Kraft.

Zwischenergebnis 1:

Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 n.F. GG ergibt sich, dass mit dem Begriff »Recht der Spielhallen« lediglich auf § 33 i GewO Bezug genommen werden sollte. Der Bund war nur bereit, aus dem Bereich des »Rechts der Wirtschaft« den Ländern die alleinige Gesetzgebungsbefugnis für solche Einzelregelungen zu überlassen, die vollständig und ausschließlich »lokal radiziert« sind, d.h. neben ihrem Ortsbezug keine darüber hinausreichenden Wirkungen entfalten. Die weitergehenden Wünsche der Länder fielen diesem Kompromiß ebenso zum Opfer, wie spätere Versuche der FDP-Fraktion im Bundestag, die Übertragung des »Rechts der Spielhallen« auf die

37 Vgl. den Bericht des Rechtsausschusses zum Gesetzentwurf in BT-Drs. 16/813 vom 20.06.2006 (BT-Drs. 16/2069), S. 20 f.

38 BGBl. I S. 2034.

Länder wieder rückgängig zu machen. Wer indes gegenwärtig für ein extensives Verständnis des »Rechts der Spielhallen« etwa in dem Sinne eintritt, dass es auch Materien umfasse, die in den §§ 33 c bis h GewO geregelt sind, verfälscht die Entstehungsgeschichte des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 n.F. GG und versucht, einer Länderposition, die im Prozeß der Verfassungsreform politisch unterlegen war, mit zweifelhaften juristischen Mitteln nachträglich doch noch zum Durchbruch zu verhelfen.

II. *Das Problem »gesetzeskonformer« Verfassungsauslegung*

Ungeachtet der Genese von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, die eindeutig belegt, dass der Verfassungsgeber mit dem »Recht der Spielhallen« ausschließlich an das Recht der Spielhallenerlaubnis in § 33 i GewO anknüpfen wollte, wird gleichwohl die Frage gestellt, ob bei der Auslegung jener Verfassungsnorm auf einen bislang lediglich im einfachen Recht verwendeten Begriff der »Spielhalle« zurückgegriffen werden dürfe. Man beruft sich dabei auf das Verbot »gesetzeskonformer« Verfassungsauslegung. Ob die Beantwortung dieser Frage für das Verständnis des verfassungsrechtlichen Spielhallenbegriffs überhaupt von Bedeutung ist, hängt davon ab, welcher Stellenwert der Entstehungsgeschichte bei der Interpretation einer Verfassungsnorm zukommt (1.). Erst wenn feststehen sollte, dass sie zwar hilfreich sein mag, aber dafür letztlich nicht entscheidend ist, besteht vorliegend überhaupt Veranlassung, den Wortlaut von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG insoweit genauer zu untersuchen (2.) und ggf. anschließend auf den Einwand des Verbots »gesetzeskonformer« Verfassungsauslegung konkret einzugehen (3). Dabei wird letztlich im Einzelnen zu prüfen sein, ob und unter welchen Voraussetzungen ein verfassungsändernder Gesetzgeber bei der Formulierung bestimmter Artikel des Grundgesetzes auf Begriffe des einfachen Rechts in der Weise zurückgreifen darf, dass sie dadurch selbst »Verfassungsqualität« erlangen und somit auch für die nachfolgende Verfassungsinterpretation des betreffenden Artikels verbindlich sind (4).

1. *Bedeutung der Entstehungsgeschichte für die Verfassungsinterpretation*

Die sog. historische Auslegung, welche nach der Genese einer Norm fragt, ist Teil des »klassischen« Methodenkanons, wie ihn Friedrich Carl v. Savigny im

19. Jahrhundert entwickelt und systematisiert hat. Sie gehört damit nicht nur bei einfachen Gesetzen zum üblichen Interpretationsarsenal, sondern ist auch ein wichtiges Hilfsmittel der Verfassungsinterpretation. Allerdings hat die historische Methode seit ihrer führenden Rolle im Gefolge der »Historischen Schule« inzwischen erheblich an Bedeutung verloren. Begriffs- und Interessenjurisprudenz haben zu der Vorstellung beigetragen, dass ein Gesetz klüger sein kann als sein Verfasser und der Ausleger klüger als beide³⁹, womit dem genetischen Argument die ausschlaggebende Wirkung genommen wurde. Dennoch gilt die historische Methode noch heute als wichtige Orientierungshilfe für jeden Interpreten oder zumindest als Testverfahren zur Bestätigung oder Widerlegung eines bereits auf andere Weise gefundenen Auslegungsergebnisses.

In diesem – eingeschränkten – Sinn hat das Bundesverfassungsgericht die historische Methode nicht nur bei der Inhaltsbestimmung einfacher Gesetze in Normenkontroll- oder Vorlageverfahren angewandt, sondern in ständiger Rechtsprechung auch zur Verfassungsinterpretation herangezogen. Der sog. Wille des (Verfassungs-) Gesetzgebers, d.h. der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten, könne bei der Interpretation nur insoweit berücksichtigt werden, als er auch im Text seinen Niederschlag gefunden habe. Die Gesetzesmaterialien sollten daher »mit Vorsicht«, nur unterstützend und insgesamt nur insofern herangezogen werden, als sie auf einen »objektiven Gesetzesinhalt« schließen ließen. Sie dürften nicht dazu verleiten, »die subjektiven Vorstellungen der gesetzgebenden Instanzen dem objektiven Gesetzesinhalt gleichzusetzen«⁴⁰. Insofern hat die Entstehungsgeschichte für die Auslegung einer einzelnen Bestimmung des Grundgesetzes keine ausschlaggebende Bedeutung⁴¹. Ihr kommt aber insofern Gewicht zu, als sie die Richtigkeit einer mit Hilfe der übrigen Methoden nach Wortlaut, Sinnzusammenhang und Zweck der Norm gefundenen Auslegung bestätigt⁴² oder Zweifel behebt, die anders nicht ausgeräumt werden können⁴³.

Das gilt nach Ansicht des Gerichts in besonderem Maße für die Auslegung von Verfassungsnormen. Denn die Verfassung habe es – mehr als die Interpretation einfacher Gesetze – mit dem Problem der »Offenheit« des Normtextes zu tun, weil die Verfassung der aufgegebenen Einheit des Staates zu dienen bestimmt sei⁴⁴. Vor allem hinsichtlich des organisatorischen Teils der

39 Vgl. *Gustav Radbruch*, Rechtsphilosophie (Studienausgabe), Heidelberg 1999, S. 107.

40 So BVerfGE 62, 1 (45).

41 BVerfGE 41, 291 (309).

42 BVerfGE 6, 55 (75), 36, 342 (367).

43 BVerfGE 1, 299 (312), 47, 327 (380).

44 BVerfGE 62, 1 (45) unter Hinweis auf *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl., S. 5 ff., 15 ff.

Verfassung werde die Aufgabe der Verfassungsinterpretation dahin verstanden, wechselnden politischen Gestaltungsmöglichkeiten Raum zu lassen⁴⁵. Für die Auslegung des Art. 74 GG hätten indes »Entstehungsgeschichte und Staatspraxis . . . besonderes Gewicht. . . Der Verfassungsgeber hat insbesondere in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 tradierte Begriffe verwendet und das herkömmliche Verständnis dieser Begriffe zu Grunde gelegt«⁴⁶. Auch wenn den Gesetzesmaterialien letztlich keine ausschlaggebende Bedeutung zukomme, könne dennoch die Entstehungsgeschichte auch einer Organisationsnorm des Grundgesetzes »nicht völlig unberücksichtigt bleiben, insbesondere dann nicht, wenn sich für ihre Auslegung feste Grundsätze noch nicht haben bilden können«⁴⁷.

Dies ist vorliegend der Fall. Zwar gehört Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zum Organisationsteil des Grundgesetzes und nimmt damit in besonderer Weise an der »Offenheit der Verfassung« teil. Andererseits handelt es sich dabei aber um eine Zuständigkeitsnorm, deren Inhalt im Hinblick auf die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen zwischen Bund und Ländern schon deshalb klar und eindeutig sein muss, weil davon die Gültigkeit des jeweils auf ihrer Grundlage erlassenen Bundes- oder Landesrechts abhängt⁴⁸. Daraus folgt: Selbst wenn die historische Methode auch bei der Interpretation des Grundgesetzes im Allgemeinen nur zur Bestätigung eines schon auf andere Weise gefundenen Auslegungsergebnisses taugen soll, bleiben ihr nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts noch drei wichtige Funktionen: Sie ist erstens geeignet, beim Versagen der übrigen Auslegungsmethoden in der Herbeiführung eines eindeutigen Ergebnisses die noch vorhandenen Zweifel zu beheben (Klärungsfunktion). Zweitens zieht sie für Verfassungsinterpreten die äußerste Grenze, von der an ein bestimmtes Auslegungsergebnis nicht mehr haltbar erscheint. Mit anderen Worten: Eine Verfassungsnorm darf nicht so verstanden werden, dass ihr angeblicher Regelungsgehalt dem damit verfolgten Ziel ihres Urhebers offen widerspricht, das Ergebnis also umgekehrt und so in einen direkten Gegensatz zum jeweiligen Normzweck geraten würde (Schrankenfunktion). Drittens schließlich hat sie ausnahms-

45 BVerfGE, ebenda, unter Hinweis auf *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik, in: NJW 1976, S. 2089 ff. (2091, 2099).

46 BVerfGE 109, 190 (213) unter Hinweis auf BVerfGE 3, 407 (415); 7, 29 (40); 33, 125 (152 f.); 36, 193 (203); 42, 20 (29); 48, 367 (373); 61, 149 (175); 67, 299 (320 f.); 68, 319 (328). Vgl. auch BVerfGE 110, 141 (170 f.) »Kampfhunde-Urteil«, wo zur Bestimmung des Begriffs »Tierschutz« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG ebenfalls maßgeblich auf die Entstehungsgeschichte dieser Norm abgestellt wurde.

47 BVerfGE 62, 1 (45).

48 So auch BVerfGE 61, 149 (175), wonach Zuständigkeitsregelungen in hohem Maße der Festigkeit und Berechenbarkeit bedürften.

weise die Aufgabe, vorübergehend auch als Ersatz für andere Methoden zu dienen, wenn die betreffende Norm gerade erst geschaffen worden ist und wegen der zeitlichen Nähe zum Entstehungsprozeß mangels weiterer Anhaltspunkte ein objektiver Wille des Verfassungsgebers (noch) nicht erkennbar ist (Brückenfunktion)⁴⁹.

Bei der Auslegung des Begriffs »Recht der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG kommt der historischen Methode jedenfalls im Hinblick auf die beiden letztgenannten Funktionen maßgebliches Gewicht zu. Wollte man ihn so verstehen, dass damit das gesamte »Spielhallenwesen« als eigenständiger Regelungsbereich unter Einschluss der in §§ 33 c bis h GewO geregelten Materien gemeint sei, stünde dieses Ergebnis nicht nur in offenem Widerspruch zu seiner Genese, sondern würde den subjektiven Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers geradezu ins Gegenteil verkehren und einer Position der Länder nachträglich zum Sieg verhelfen, die in der Föderalismuskommission I politisch nicht durchsetzbar war. Darüber hinaus hat sich zur Neufassung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bisher noch kein Obergericht geäußert und sich somit während der vergangenen beiden Jahre seiner Geltung zwar keine vorherrschende Tendenz in der Judikatur entwickeln können, aber immerhin im Schrifttum eine ganz überwiegende Meinung gebildet, die im Wesentlichen mit der Entstehungsgeschichte der Norm in Einklang steht⁵⁰. Es ist daher kein Grund ersichtlich, weshalb vorliegend die Bedeutung der Genese von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG für das Verständnis des »Rechts der Spielhallen« relativiert oder gar in Frage gestellt werden müsste, es sei denn, dass sich bereits aus dem Wortlaut dieser Norm (verstanden als möglicher Wortsinn) etwas anderes ergäbe.

2. Bedeutung des möglichen Wortsinns für die Verfassungsinterpretation

Nach allgemeiner Ansicht bildet der Wortlaut einer Norm nicht nur den Ausgangspunkt, sondern auch die äußerste Grenze zulässiger Interpretation (sog. grammatische Auslegung)⁵¹. Dabei ist der für den Normadressaten erkennbare und verstehbare Wortsinn maßgeblich. Die Auslegung hat sich also nicht an fachsprachlichen Sonderbedeutungen eines Wortes im technischen

49 Vgl. zum Ganzen *Hans-Peter Schneider*, Der Wille des Verfassungsgebers. Zur Bedeutung genetischer und historischer Argumente für die Verfassungsinterpretation, in: *Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag*, hrsg. von J. Burmeister, München 1997, S. 903-923.

50 Vgl. Fn. 7.

51 Vgl. statt anderer BVerfGE 92, 1 (16 f.).

Sinne auszurichten, die sich nur einem Spezialisten erschließen, sondern am allgemeinen Sprachgebrauch und generell üblichen Wortverständnis zu orientieren⁵². Da in der Umgangssprache jedoch ein bestimmtes Wort nur selten eindeutig ist und je nach dem Kontext, in dem es steht oder verwendet wird, bisweilen unterschiedliche Bedeutungen besitzt oder zuläßt, kommt es nicht auf den Wortlaut in einem engen, begriffsjuristischen Verständnis an, sondern auf den möglichen Wortsinn. Damit wird der Tatsache Rechnung getragen, das ein Normtext stets eine gewisse semantische »Offenheit« besitzt, die es erlaubt, ihn auf eine Vielzahl vergleichbarer Sachverhalte anzuwenden.

In Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG wird den Ländern die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis für das »Recht der Spielhallen« übertragen. Damit stellt sich erstens die Frage, was unter dem *verfassungsrechtlichen* Begriff der »Spielhalle« zu verstehen ist, und zweitens, wo die Rechtsordnung auf Spielhallen verweist oder Bezug nimmt, so dass alle diese Normen unter dem Begriff »Recht« der Spielhallen zusammengefaßt werden können. Geht man vom allgemeinen Sprachgebrauch aus, so werden als »Spielhalle« oder »Spielothek« (in der Schweiz: Spielsalon) Einrichtungen (Räume) bezeichnet, in denen erwachsenen Kunden verschiedene Arten von Spielautomaten (meist Geld- oder Gewinnspielgeräte) oder von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit (meist Bildschirmgeräte mit Videospielen) angeboten werden. Wer eine solche Spielhalle oder ein ähnliches Unternehmen gewerbsmäßig betreiben will, bedarf nach deutschem Recht einer Erlaubnis (§ 33 i GewO). Die Spielhallenerlaubnis ist sowohl raum- als auch personenbezogen. Sie wird nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dem Gewerbetreibenden für bestimmte Räume erteilt, in denen die Spielgeräte aufgestellt sind oder die Spiele veranstaltet werden. Ist mindestens ein Raum vorhanden, in dem das Spielhallengewerbe ausgeübt werden soll, ist der erlaubnispflichtige Tatbestand gegeben. Neben der räumlichen Komponente ist für den Begriff der Spielhalle wesentlich, dass das Unternehmen ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele im Sinne von § 33 c Abs. 1 Satz 1 GewO oder des § 33 d Abs. 1 Satz 1 GewO oder der gewerbsmäßigen Aufstellung von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit dient⁵³.

Die Rechtsordnung enthält auf Bundes- wie auf Landesebene zahlreiche Vorschriften, die »Spielhallen« zum Gegenstand haben. Im Bundesrecht steht dabei naturgemäß die Gewerbeordnung mit den §§ 15 a, 33 i, 60 a und 144

52 So BVerfGE 47, 109 (121); 64, 389 (393).

53 So BVerfG in: GewArch 2005, S. 292-295.

sowie die darauf gestützte Spielverordnung mit den §§ 1, 2, 3, 4, 6 und 9 im Vordergrund, gefolgt von den §§ 6 und 28 des Jugendschutzgesetzes, von § 4 der Rechtsverordnung zur Durchführung der Erziehungshilfe durch den Disziplinarvorgesetzten (§ 112 a Nr. 2 des Jugendgerichtsgesetzes), §§ 12, 14 b und 88 der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure sowie der Anlage 3 (zu § 19 Abs. 2) der Verordnung zur Durchführung der Markenverordnung. Hinzu kommen noch etwa 60 landesrechtliche Vorschriften mit Schwerpunkten im Baurecht sowie bei der Regelung von Sperrzeiten, Feiertagen, Glücksspiel, Vergnügungssteuer und Verwaltungsgebühren, ganz zu schweigen von ungezählten Verwaltungsvorschriften. Damit lag schon vor Inkrafttreten der Föderalismusreform I der Schwerpunkt des »Rechts der Spielhallen« eindeutig im Landesrecht.

Trotz dieser zahlreichen Verweise oder Bezugnahmen auf »Spielhallen« findet sich im geltenden Recht nirgendwo eine Legaldefinition des Spielhallenbegriffs, weil bisher der einfache Gesetz- und Verordnungsgeber von einer »typischen, allgemein bekannten und daher nicht umschreibungsbedürftigen Erscheinung des täglichen Lebens« ausgegangen ist. Nach allgemeinem Sprachgebrauch bezeichnet das Wort »Spielhalle« eine »Räumlichkeit, in der zahlreiche verschiedene Spielautomaten dem Besucher die Möglichkeit zu Geschicklichkeitsspielen und Gewinnspielen geben«⁵⁴. In einem solchen Fall darf weder die Rechtsprechung noch die Rechtswissenschaft völlig andersartige Sachverhalte diesem durch die Alltagssprache vorgeprägten Begriff zuordnen, weil damit die Grenze der zulässigen Auslegung überschritten wäre⁵⁵. Nichts anderes gilt auch für den verfassungsändernden Gesetzgeber im Hinblick auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Es ist keinerlei Grund ersichtlich, weshalb er bei der Herausnahme der »Spielhallen« aus dem Recht der Wirtschaft nicht ebenso wie alle übrigen normgebenden Instanzen jenen allgemein bekannten, umgangssprachlichen Spielhallenbegriff verwandt haben sollte. Wenn er – wie gelegentlich behauptet wird⁵⁶ – das gesamte »Spielhallenwesen« (unter Einschluss der §§ 33 c bis h, 29, 35, 46, 47 und 144 Abs. 1 Nr. 1 d GewO) gemeint hätte, wäre es ihm nicht nur ein Leichtes gewesen, dies bei der Neufassung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG hinreichend klar zum Ausdruck zu bringen; er wäre nach Art. 79 Abs. 1 GG zu einer entsprechenden Wortlautänderung sogar verpflichtet. Er hätte etwa vom Recht des »Geldgewinnspiels« sprechen und damit auch die (Gewinn-)Spielgeräte im Sinne von § 33 c bis h GewO einbeziehen können. Genau dies ist aber gerade nicht gesche-

54 Nach: *Duden* – Deutsches Universalwörterbuch, 6. überarb. Aufl., Mannheim 2007.

55 So für den Begriff des »Glücksspiels« im Sinne von §§ 284, 284 a StGB: BGH JR 1987, S. 381 ff.

56 So *Dietlein*, a.a.O., S. 17 f.

hen. Im Ergebnis würde daher eine Auslegung des verfassungsrechtlichen Spielhallenbegriffs dergestalt, dass dieser weiter reichen soll als das, was im allgemeinen Sprachgebrauch unter einer »Spielhalle« verstanden und deshalb stillschweigend auch von der gesamten Rechtsordnung zugrunde gelegt wird, den möglichen Wortsinn dieses Begriffs verfehlen und somit die Grenzen zulässiger Verfassungsinterpretation überschreiten.

3. *Verstoß gegen das Verbot »gesetzeskonformer« Verfassungsauslegung?*

Wenn man, eingedenk der Entstehungsgeschichte des Art. 74 Abs. 1 Nr.11 GG, annimmt, der verfassungsändernde Gesetzgeber habe darin den gewerberechtlichen Spielhallenbegriff übernehmen wollen, und außer Acht läßt, dass die Gewerbeordnung hierbei nur dem allgemeinen Sprachgebrauch gefolgt ist, könnte der Einwand erhoben werden, dass eine Norm des Verfassungsrechts unter Rückgriff auf einfaches Recht interpretiert und somit gegen das Verbot der »gesetzeskonformen« Verfassungsauslegung verstoßen werde. Auf diesen Vorwurf baut etwa *Johannes Dietlein* einen Großteil seiner Argumentation mit dem Ziel auf, dem Landesgesetzgeber mit einer extensiven Auslegung des Spielhallenbegriffs in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG einen über § 33 i GewO hinausgehenden Gestaltungsbereich zu erschließen.

Nach *Dietlein* darf der »raumbezogene« Spielhallenbegriff des § 33 i GewO aus mehreren Gründen nicht »unbesehen« auf die Verfassungsebene übertragen werden. Außer praktischen Konsequenzen, die darin bestehen sollen, dass dann die Länder zwar das Spielhallenrecht eigenständig regeln könnten, nicht aber das Recht der »ähnlichen Unternehmen«, die auch von § 33 i GewO erfaßt werden, und dass damit auch die Verfassungsauslegung für alle Zeiten »an den einfachgesetzlichen Erkenntnisstand des Jahres 2006 gebunden bliebe«, wird vor allem auf ein »dogmatisches Grundproblem«: den Primat der Verfassung verwiesen. Die prinzipielle Offenheit des Verfassungswortlauts verbiete es, verfassungsrechtliche Kompetenzbegriffe mit kompetenzausfüllendem einfachem Recht gleichzusetzen. Das aus Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitende Prinzip des Vorranges des Gesetzes, demzufolge die einfachen Gesetze im Rahmen der Verfassung gelten, nicht aber die Verfassung im Rahmen der Gesetze, würde »förmlich auf den Kopf gestellt«⁵⁷.

So zutreffend dieser Hinweis auf das Verbot »gesetzeskonformer« Verfassungsauslegung auch sein mag, geht *Dietlein* damit jedoch schon im Ausgangspunkt seiner Überlegungen fehl. Er unterstellt der herrschenden Ansicht,

⁵⁷ So *Dietlein*, a.a.O., S. 14 f.

dass sie den einfachrechtlichen Spielhallenbegriff des § 33 i GewO unzulässigerweise in das Verfassungsrecht transportiere. Dies ist jedoch schon deshalb nicht der Fall, weil es einen spezifischen gewerberechtlichen Spielhallenbegriff gar nicht gibt. Das Wort »Spielhalle« findet sich als Rechtsbegriff – wie bereits ausgeführt – zwar in einer Vielzahl von Einzelnormen des Bundes- und Landesrechts, darunter auch in der Gewerbeordnung, und ist vom Bundesverwaltungsgericht in mehreren Entscheidungen näher konkretisiert worden⁵⁸. Die Rechtsordnung verzichtet aber auf eine Definition, weil sich das, was unter einer »Spielhalle« zu verstehen ist, von selbst erschließt und unmittelbar evident ist: Es handelt sich – wie bereits oben festgestellt⁵⁹ – um einen Raum, in dem sich Geräte befinden, die zum Spielen geeignet und bestimmt sind, und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um (Geld-)Gewinnspiele oder reine Unterhaltungsspiele (ohne Gewinnmöglichkeit) handelt.

Von diesem umgangssprachlichen, unmittelbar einleuchtenden Spielhallenbegriff gingen sowohl die Urheber der einzelnen bundes- und landesgesetzlichen Regelungen als auch der verfassungsändernde Gesetzgeber bei der Reform des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG aus. Das ergibt sich schon aus der erstmaligen Verwendung des Begriffs der »Spielhalle« in der »Dritten Verordnung zur Änderung der Verordnung zur Durchführung des § 33 d der Gewerbeordnung« vom 12. Dezember 1955. In § 10 wird die Erteilung einer Genehmigung zur Aufstellung eines zugelassenen Spielgerätes davon abhängig gemacht, das es in einer »Spielhalle« aufgestellt wird⁶⁰. Man wollte dadurch verhindern, dass solche Automaten Spiele weiterhin in der Öffentlichkeit, etwa auf Jahrmärkten, Messen oder Plätzen, angeboten werden, und sie in geschlossene Räume verweisen, um sowohl die Kunden und ihr Spielverhalten als auch die Veranstalter besser kontrollieren zu können. Eine Definition des hier erstmals in einer Rechtsnorm auftauchenden Spielhallenbegriffs oder wenigstens eine Beschreibung dessen, was die Verordnung unter »Spielhallen« verstanden wissen will, findet sich hier ebenso wenig wie bei dem 1960 in die Gewerbeordnung eingefügten § 33 i, der den gewerbsmäßigen Betrieb einer Spielhalle oder eines ähnlichen Unternehmens im Interesse des Jugendschutzes von einer Erlaubnis (mit vorgängiger Zuverlässigkeitsprüfung des Inhabers) abhängig machte⁶¹.

58 Vgl. BVerwG in: GewArch 2005, S. 292-295; GewArch 206, 123-126; 153-158.

59 Siehe oben S. 29, Fn. 54.

60 BGBl.: I S. 751.

61 Vgl. den »Entwurf eines vierten Bundesgesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung« vom 8. April 1958, (BT-Drs. III/318), S. 16. Dazu schreibt *Dittmar Hahn* in: *K.- H. Friauf (Hrsg.), Kommentar zur Gewerbeordnung – Gewerberechtlicher Teil, Loseblattsammlung* (Stand: September 2007), Rn. 3 zu § 33 i: Der Gesetzgeber des § 33 i ging ausweislich der Begründung des Entwurfs (BT-Drucks. III/318, S. 16) davon aus, dass *nach dem Sprach-*

In beiden Fällen gingen offenbar die Normgeber völlig selbstverständlich von einer umgangssprachlichen Bedeutung des Wortes »Spielhallen« aus, dessen Raum- und Personenbezug evident ist und sich daher von selbst erschließt. Wenn es aber weder einen spezifisch gewerberechtlichen noch gar einen davon zu unterscheidenden verfassungsrechtlichen Spielhallenbegriff gibt, sondern als möglichen Wortsinn nur den des allgemeinen Sprachgebrauchs, auf den alle rechtlichen Regelungen gleichermaßen rekurren, dann fällt das gesamte von Dietlein auf dem Fundament des Vorrangs der Verfassung errichtete dogmatische Gebäude in sich zusammen. Denn wenn es einen besonderen gewerberechtlichen Begriff der »Spielhalle«, der von anderen Spielhallenbegriffen im Recht zu unterscheiden sein müßte, überhaupt nicht gibt, dann kann ein solcher logischerweise auch nicht auf die Verfassungsebene »transportiert« werden.

Die mit einer Beschränkung des »Rechts der Spielhallen« gemäß Art 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auf die in § 33 i GewO geregelten Materien angeblich verbundenen praktischen Schwierigkeiten sind ebenfalls leicht zu beheben. Selbst wenn man den Spielhallenbegriff des Grundgesetzes in einem sehr engen und strikten Sinne verstehen würde, ließen sich die davon nicht erfaßten »ähnlichen Unternehmen« nach § 33 i GewO im Wege der Analogie problemlos einbeziehen, und zwar nicht nur wegen ihrer räumlichen Ähnlichkeit mit den Spielhallen, sondern vielmehr wegen derselben Rechtsfolgen, die den Betrieb solcher Unternehmen (wie den der Spielhallen) von einer Erlaubnis abhängig machen, welche nach den gleichen Kriterien zu erteilen oder zu versagen ist, wie sie für die Spielhallen gelten⁶². Schließlich vermag auch das Argument der Gefahr einer Erstarrung des Verfassungstextes bei unbesehener Übertragung des sog. gewerberechtlichen Spielhallenbegriffs aus § 33 i GewO in das Grundgesetz nicht zu überzeugen. Da der einfache wie der verfassungsändernde Gesetzgeber an einen allgemein verständlichen Spielhallenbegriff im umgangssprachlichen Sinne angeknüpft haben, würde sich mit einem Wandel dieses Verständnisses auf beiden Ebenen des Rechts konsequenterweise auch die Auslegung des »Rechts der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG entsprechend ändern, so daß die notwendige Flexibilität und Offenheit der Verfassung nach Maßgabe des allgemeinen Sprachempfindens und dessen Weiterentwicklung erhalten bliebe⁶³.

gebrauch eine Spielhalle ein Betrieb ist, in dem Spielgeräte aufgestellt sind, an denen sich die Gäste nach Belieben betätigen können. Der Schwerpunkt des Betriebs liege in der Bereitstellung der Spielgeräte«. Das Änderungsgesetz selbst, in das § 33 i GewO neu eingefügt wurde, datiert vom 5. Februar 1960 und ist am 11. Februar 1960 in Kraft getreten (BGBl. I S. 61, berichtigt S. 92).

62 So auch *Höfling/Rixen*, a.a.O., Fn. 7, S. 7: Das Wort »Spielhalle« sei »nur als Typusbegriff zu verstehen«.

63 Ebenda, S. 2.

4. Die Vorprägung von Gesetzgebungskompetenzen durch dazugehöriges einfaches Recht

Selbst wenn man jedoch annehmen würde, der verfassungsändernde Gesetzgeber habe sich bei der Herausnahme des »Rechts der Spielhallen« aus dem Katalog der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG an Begriffen des einfachen Rechts in § 33 i GewO orientiert (wofür der Genese durchaus gewisse Anhaltspunkte zu entnehmen sind), wäre ihm eine solche terminologische Anknüpfung oder Bezugnahme nicht von vornherein verwehrt. Unter den Kompetenzen des Art. 74 Abs. 1 GG finden sich zahlreiche Einzeltitel, die jeweils auf ein ganz bestimmtes Fachgesetz verweisen und dessen Begrifflichkeit übernehmen. So verweist etwa die Nr. 3 mit dem »Vereinsrecht« auf das Vereinsgesetz von 1964, das in § 2 Abs. 1 sogar eine Legaldefinition des »Vereins« enthält⁶⁴, von der bisher niemand jemals bestritten hat, dass sie auch dem verfassungsrechtlichen Vereinsbegriff zugrunde liegt. Was unter dem Recht des »Ladenschlusses« nach Nr. 11 zu verstehen ist, das ebenso wie das Spielhallenrecht aus der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes herausgelöst wurde, ergibt sich einzig und allein aus dem Ladenschlussgesetz von 1956⁶⁵, dessen Definitionen der »Läden« als »Verkaufsstellen« nach § 1 und der »Ladenschlusszeiten« nach § 3 völlig unbestritten auch für die Verfassungsauslegung maßgeblich sind. Was schließlich unter »Wetterdienst« im Sinne von Nr. 21 zu verstehen ist, ergibt sich ebenfalls nur aus dem »Gesetz über den Deutschen Wetterdienst« von 1998, wonach es sich dabei nicht, wie man vermuten könnte, in erster Linie um die Regelung einer Dienstleistung, sondern um Schaffung einer Organisation mit bestimmten Aufgaben handelt, wie aus der Legaldefinition des § 1 ersichtlich ist⁶⁶. Es steht völlig außer Frage, dass in all diesen Fällen eine Änderung des jeweils maßgeblichen einfachen Rechts auch Konsequenzen für die Auslegung des entsprechenden Kompetenztitels im Grundgesetz haben würde.

Ist es daher keineswegs ungewöhnlich, dass eine Verfassungsnorm auf Begriffe im einfachen Recht zurückgreift, die ihrerseits wiederum für die

64 § 2 Abs. 1 VereinsG lautet: »Verein im Sinne dieses Gesetzes ist ohne Rücksicht auf die Rechtsform jede Vereinigung, zu der sich eine Mehrheit natürlicher oder juristischer Personen für längere Zeit zu einem gemeinsamen Zweck freiwillig zusammengeschlossen und einer organisierten Willensbildung unterworfen hat«.

65 Neugefaßt durch Bekanntmachung vom 2. Juni 2003 (BGBl. I S. 744), zuletzt geändert durch Art. 228 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407).

66 DWD-Gesetz vom 10. September 1998 (BGBl. I S. 2871), zuletzt geändert durch Art. 338 der Verordnung vom 31. Oktober 2006 (BGBl. I S. 2407). § 1 dieses Gesetzes lautet: »Der Deutsche Wetterdienst ist eine teilrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung«.

Auslegung dieser Norm von Bedeutung sind. So stellt sich im Hinblick auf das grundsätzliche Verbot einer »gesetzeskonformen« Verfassungsauslegung die Frage, wo in diesem »Wechselspiel« zwischen einfachem Recht und Verfassungsrecht die Grenzen einer noch zulässigen Übertragung von Gesetzesbegriffen auf die Verfassungsebene liegen. Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen zu dieser Problematik Stellung genommen. Ein verfassungsändernder Gesetzgeber könne durchaus insbesondere in Art. 74 Abs. 1 GG tradierte Begriffe verwenden und das herkömmliche Verständnis dieser Begriffe zugrunde legen⁶⁷. Im einzelnen unterscheidet das Gericht dabei zwischen Kompetenztiteln, die entweder faktisch-deskriptiv durch Benennung der zu regelnden Lebenssachverhalte oder normativ-rezeptiv durch Aufnahme eines vorgefundenen Normbereichs als zu regelnde Materie der Kompetenznorm zugeordnet sind. Zwar ist diese Entscheidung zum Begriff des »Strafrechts« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG ergangen, läßt sich aber auch auf das »Recht der Spielhallen« in Nr. 11 übertragen, das – wie bereits dargelegt – gleichfalls eine durch zahlreiche, verschiedenartige Rechtsvorschriften normativ-rezeptiv vorstrukturierte Materie darstellt⁶⁸. Damit bestätigt sich erneut das bereits aus der Entstehungsgeschichte des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG folgende Ergebnis, wonach der verfassungsändernde Gesetzgeber beim Ausschluß des »Rechts der Spielhallen« lediglich an den Spielhallenbegriff anknüpfen wollte, wie er im Erlaubnisvorbehalt des § 33 i GewO seinen Niederschlag gefunden hat.

Dagegen wird eingewandt, dass jene Entscheidung aus zwei Gründen auf die Regelung der Spielhallenerlaubnis in § 33 i GewO nicht anwendbar, jedenfalls aber nicht beschränkbar sei. Erstens handele es sich hierbei nicht um ein traditionelles Rechtsgebiet, wie es etwa das Strafrecht darstelle, weil diese Bestimmung erst 1960 in die Gewerbeordnung eingefügt worden sei. Zweitens stehe § 33 i GewO in einem so engen Sachzusammenhang mit anderen Vorschriften der Gewerbeordnung, etwa über die Spielgeräte, dass – wenn man schon das gewerbliche Spiel im Blick habe – nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG mit dem »Recht der Spielhallen« das gesamte Spielhallenwesen (sogar unter Einschluss der Bauartzulassung von Geräten und der allgemeinen Aufstellungserlaubnis) erfasst werde⁶⁹. Während der zweite Aspekt nachfolgend als ein Problem der systematischen Auslegung näher zu erörtern ist (vgl. unten III.), stützt sich das

67 BVerfGE 109, 190 (213 f.).

68 A.A. Dietlein, a.a.O. (Fn. 2), S. 15: »deskriptive Beschreibung eines konkreten Lebenssachverhaltes bzw. -bereiches«.

69 So namentlich Dietlein, a.a.O. (Fn. 2), S. 18.

Argument fehlender Rechtstradition des auf § 33 i GewO reduzierten Spielhallenrechts u.a. auf die sog. Altenpflege-Entscheidung, in der das Bundesverfassungsgericht bei der Bestimmung der einzelnen Materien, die Art. 74 GG aufzählt, dem Grundsatz des Art. 30 GG und dem historischen Zusammenhang in der deutschen Gesetzgebung besondere Aufmerksamkeit gewidmet hat: Dem Merkmal des »Traditionellen« oder »Herkömmlichen« komme dabei wesentliche Bedeutung zu⁷⁰. Damit meint das Gericht aber offenbar weniger eine längere, möglichst weit in die Vergangenheit zurückreichende Regelungsgeschichte der betreffenden Materie, sondern in erster Linie die Genese des jeweiligen Kompetenztitels sowie die bisherige Staatspraxis.

Selbst wenn man jedoch diese Passagen mißverstehen und ihnen einen rechtsgeschichtlichen Bezug unterschieben wollte, wird dem »Recht der Spielhallen« im Sinne von § 33 i GewO, auch wenn der Begriff »Spielhalle« erst 1960 Eingang in die Gewerbeordnung gefunden hat, schwerlich eine eigene Rechtstradition und umfangreiche Staatspraxis in den vergangenen 50 Jahren abzusprechen sein. Es kommt dabei weniger auf den Zeitpunkt des Beginns einer solchen Tradition an oder auf das Kriterium vor- bzw. nachkonstitutionellen Rechts, sondern vor allem auf traditionsbildende Faktoren in der bisherigen Rechtsprechung und Literatur. Die »Juris«-Datenbank verzeichnet allein zur Spielhallenerlaubnis nach § 33 i GewO insgesamt 138 verwaltungsgerichtliche Entscheidungen und 23 Literaturnachweise. Es handelt sich hier also um ein Rechtsgebiet, das bereits eine beachtliche Überlieferung aufzuweisen hat und durch seine ebenso dynamische wie konfliktträchtige Ausgestaltung angesichts des technischen Fortschritts immer wieder neue, lehrreiche und für die Verwaltungspraxis fruchtbare Streitfragen aufwirft, die letztlich durch Gerichte geklärt werden müssen. Es besteht daher kein Zweifel, das auch ein auf § 33 i GewO konzentriertes Verständnis des »Rechts der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG den oben genannten Kriterien des Bundesverfassungsgerichts im Hinblick auf Tradition und Herkommen vollauf entspricht. Ob es sich darüber hinaus zugleich um ein eigenständiges Rechtsgebiet handelt, dessen Regelung in ausschließlicher Landeskompetenz auch ohne Einbeziehung weiterer Vorschriften der Gewerbeordnung, etwa über Spielgeräte und ihre Aufstellung, möglich und zweckmäßig ist, wird nachfolgend im Rahmen der systematischen Interpretation von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG näher untersucht.

70 BVerfGE 106, 62 (105) – bezogen auf den Begriff des »Heilberufes« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG – unter Hinweis auf BVerfGE 7, 29 (44); 28, 21 (32), 33, 125 (152 f.). Vgl. dazu auch Höfling/Rixen, a.a.O., Fn. 7, S. 2.

Zwischenergebnis 2:

Bei der Auslegung des Begriffs »Recht der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG kommt der Entstehungsgeschichte maßgebliches Gewicht zu. Ein über die Anknüpfung an § 33 i GewO hinausgehendes, erweitertes Verständnis würde das Ergebnis seiner Genese praktisch ins Gegenteil verkehren. Auch der mögliche, dem allgemeinen Sprachgebrauch zu entnehmende Sinn des Wortes »Spielhalle« spricht dafür, dass hiermit nicht zugleich das Recht der »Spielgeräte« oder gar das gesamte gewerbliche Geldgewinnspiel gemeint sein kann. Dies führt nicht zu einer unzulässigen »gesetzeskonformen« Verfassungsauslegung, weil der verfassungsändernde Gesetzgeber befugt ist, in die Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 GG Bezeichnungen überkommener Rechtsgebiete aufzunehmen, wenn sich dies aus der Genese jener Kompetenztitel und aus der Staatspraxis ergibt. Das ist beim »Recht der Spielhallen« im Sinne von § 33 i GewO anzunehmen, da es innerhalb der Rechtsordnung nicht nur durch zahlreiche Einzelvorschriften näher ausgeformt worden ist, sondern auch in einer Vielzahl von Gerichtsentscheidungen und Stellungnahmen im Schrifttum seinen Niederschlag gefunden hat.

III. Das Problem des »Sachzusammenhangs« der Spielhallenerlaubnis in § 33 i GewO mit weiteren Regelungen des gewerblichen Spiels

Gegen dieses dem Wortlaut des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG entnommene Verständnis des »Rechts der Spielhallen« wird gelegentlich eingewandt, dass es mit seiner Anknüpfung ausschließlich und allein an § 33 i GewO nicht zuletzt deshalb verfehlt sei, weil der verfassungsrechtliche Spielhallenbegriff darüber hinausreiche und »die autonome Beschreibung eines Sach- und Lebensbereichs« enthalte, »der unabhängig von den Begrifflichkeiten des § 33 i GewO zu bestimmen« sei⁷¹. Daraus folge, dass der Landesgesetzgeber auch befugt sei, von den Regelungsvorgaben der §§ 33 c ff. GewO insoweit abzuweichen, »als diese speziell den Lebensbereich der Spielhallen regulieren sollen«⁷². So sprächen »gute Gründe für die Annahme, dass die neue Landeszuständigkeit für das Spielhallenwesen auch die Kompetenz umfasst, das Genehmigungs-

71 So *Dietlein*, a.a.O. (Fn. 2), S. 16.

72 *Ebenda*, S. 18.

verfahren für Spielhallen und die dort präsentierten Angebote insgesamt neu zu ordnen und ggf. zu bündeln⁷³. Was mit dieser Ausweitung der Landeszuständigkeit interessenpolitisch gemeint ist, ergibt sich unverhohlen aus dem nächsten Satz: »Insoweit dürfte die durch die Föderalismusreform geschaffene optionale Loslösung des Spielhallenrechts aus dem Gewerberecht durchaus mit der gewerberechtlichen ›Bereichsausnahme‹ für das Spielbankenrecht nach § 33 h Nr. 1 GewO vergleichbar sein⁷⁴.

Wenn man diese recht verwegene These, wonach mit der Föderalismusreform der verfassungsändernde Gesetzgeber den gesamten »Lebensbereich« des Spielhallenwesens ähnlich wie den der Spielbanken nicht nur erfasst, sondern sogar vom Gewerberecht »losgelöst« und dem ungehinderten Zugriff des Landesgesetzgebers überantwortet habe, aus dem Reich der Spekulationen des »Könnte« und »Dürfte« auf ihren sachlichen Kern zurückführt, verbergen sich dahinter rechtssystematische wie rechtslogische Argumente, die auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 74 GG eine Rolle spielen: In Nr. 11 der unverkennbare Sachzusammenhang zwischen dem Spielhallenrecht im Sinne von § 33 i GewO und weiteren Normen des gewerblichen Geldgewinnspiels, welche die Beschaffenheit der Spielgeräte und deren Aufstellung betreffen, und sodann das Verhältnis des Ausschlussstatbestands »Recht der Spielhallen« zum »Recht der Wirtschaft« insgesamt. Zunächst ist also zu prüfen, ob der bereits erwähnte materielle Zusammenhang zwischen dem Spielhallenrecht einerseits und dem Spielgeräterecht andererseits zu der oben beschriebenen Ausweitung des verfassungsrechtlichen Spielhallenbegriffs schon deshalb zwingt, weil das eine nicht ohne das andere wirksam und sachgerecht geregelt werden kann (1.). Sodann wird untersucht, ob sich dieses Ergebnis aus anderen systematischen Gründen aufdrängt, etwa im Hinblick auf Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG, wonach Bundesrecht angeblich nicht durch eine einzelne Vorschrift in einem Landesgesetz, sondern nur durch »Landesrecht« im Ganzen ersetzt werden könne (2.), oder mit Rücksicht auf das sog. Kohärenzgebot im Europarecht, demzufolge das gesamte Glücksspielwesen zur Bekämpfung der Spielsucht einheitlichen Normen und Beschränkungen unterworfen werden müsste (3.).

73 Ebenda, S. 18.

74 Ebenda.

1. *Kein »notwendiger Zusammenhang« zwischen Spielhallen- und Spielgeräterecht*

Im Schrifttum wird verschiedentlich angenommen, dass die gewerberechtlichen Regelungen über Spielhallen (§ 33 i GewO) und die darin aufgestellten Spielgeräte (§§ 33 c bis h GewO) so eng miteinander verflochten seien, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber das eine nicht ohne das andere habe regeln können. Die Eröffnung einer Spielhalle unterliege keineswegs nur dem Erlaubnisvorbehalt des § 33 i GewO, sondern verlange im Falle der Einbringung von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit eine Aufstellungserlaubnis nach § 33 c Abs. 1 GewO, eine Bauartzulassung der Spielgeräte sowie eine Bestätigung des konkreten Aufstellungsortes nach § 33 c Abs. 3 GewO, im Falle einer Veranstaltung anderer Spiele mit Gewinnmöglichkeit eine Erlaubnis nach § 33 d Abs. 1 GewO sowie eine vom Hersteller einzuholende Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 33 d Abs. 2 GewO. Eine weitere nicht unerhebliche Vernetzung des § 33 i GewO mit sonstigen gewerberechtlichen Regelungen ergebe sich aus der nach § 33 f GewO erlassenen Spielverordnung. Sie treffe etwa gemeinsame Regelungen zur Durchführung der §§ 33 c, 33 d, 33 e und 33 i GewO, ohne hierbei zwischen den auszuführenden Bestimmungen zu differenzieren⁷⁵.

Richtig ist, dass die genannten Vorschriften prozedural aufeinander bezogen sind und gestufte Verfahren für bestimmte Genehmigungen oder Erlaubnisse vorsehen, deren Versagungsgründe persönlicher Art, etwa wegen fehlender Zuverlässigkeit des Antragsstellers, Tatbestandswirkung entfalten und zwingend auch zur Ablehnung eines Antrags auf Erteilung der Spielhallenerlaubnis führen (§ 33 i Abs. 2 Nr. 1 GewO). Mit der Bezugnahme auf die Versagungsgründe der §§ 33 c Abs. 2 oder 33 d Abs. 3 GewO bedient sich die Gewerbeordnung hier jedoch lediglich einer auch sonst im Recht vielfach anzutreffenden formalen Verweisungstechnik, die im Interesse der Rechtsvereinfachung dem Gesetzgeber nur die Wiederholung bestimmter Regelungen erspart, aber keinen materiellen Sachzusammenhang zwischen diesen Normen in der Weise herstellt, dass die Spielhallenerlaubnis in § 33 i GewO nicht ohne die betreffenden Bestimmungen über Gerätebescheinigungen und Aufstellungserlaubnisse hätte normiert werden können⁷⁶.

⁷⁵ So Dietlein, a.a.O. (Fn. 2), S. 13 f.

⁷⁶ Vgl. BVerfGE 106, 62 (115) zum »Altenpflegegesetz«: »Die hier allein in Betracht kommende Kompetenz kraft Sachzusammenhangs stützt und ergänzt eine zugewiesene Zuständigkeit nur dann, wenn die entsprechende Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne dass eine zugleich nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also das Übergreifen unerläßliche Voraussetzung für die Regelung der zugewiesenen Materie ist (vgl. BVerfGE 3, 407 [421]; 8, 143 [149]; 12, 205 [237]; 15, 1 [20]; 26, 246 [256]; 26, 281 [300]; 97, 228 [251]; 98, 265 [299]; st.Rspr.).

Das gilt auch für die auf §§ 33 f und g sowie auf § 60 a GewO gestützte »Spielverordnung«⁷⁷, welche im Wesentlichen Bestimmungen über die gewerbsmäßig betriebene Aufstellung von Gewinnspielgeräten (§§ 1 bis 5 a: Aufstellungserlaubnis) sowie über Verpflichtungen des Aufstellers bei der Ausübung des Gewerbes (§§ 6 bis 10), über Art und Beschaffenheit solcher Spielgeräte sowie über deren Zulassung (§§ 11 bis 17: Bauartzulassung), über die Erteilung von Unbedenklichkeitsbescheinigungen für gewerbsmäßig betriebene Ausspielungen (§ 18) und schließlich entsprechende Ordnungswidrigkeitsvorschriften enthält⁷⁸. Mit dem gewerblichen Betrieb einer Spielhalle gemäß § 33 i GewO hängen all diese Regelungen nur indirekt zusammen, und zwar lediglich insofern, als durch sie die zulässigen Aufstellungsorte (u.a. Gaststätten, Spielhallen, Wettannahmestellen) und die Anzahl darin aufzustellender Geräte festgelegt sowie dem Aufsteller konkrete Warn- und Informationspflichten auferlegt werden. Keine dieser Normen der SpielV regelt unmittelbar den Betrieb einer Spielhalle oder richtet sich an deren Betreiber. Daher hat die SpielV mit der räumlichen Lokalisierung und Gestaltung von Spielhallen nichts zu tun; sie ist auf diese und ihre Betreiber nicht anwenbar.

Eine solche normative Verknüpfung wäre aber die Mindestvoraussetzung, um beim »Recht der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG über die Spielhallenerlaubnis in § 33 i GewO hinaus einen »Sachzusammenhang« mit weiteren Vorschriften des gewerblichen Spielrechts annehmen zu können. Wie das Bundesverfassungsgericht bei Kompetenztiteln des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG festgestellt hat, bildet »die Gesamtheit der Normen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung dienen, . . . keinen selbständigen Sachbereich im Sinne der grundgesetzlichen Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeit zwischen Bund und Ländern. Normen, die der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in einem bestimmten Sachbereich dienen, sind für die Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz vielmehr dem Sachbereich zuzurechnen, zu dem sie in einem *notwendigen* Zusammenhang stehen«⁷⁹. Diese Judikatur läßt sich auch auf das gewerbliche Spielrecht übertragen. Nur wenn eine »notwendige«, letztlich also unauflösbare Verbindung zwischen dem Spielhallenrecht in § 33 i GewO einerseits und den in

77 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.

78 Zum Ganzen ausführlich Hahn, a.a.O., (Fn. 7), S. 89 ff.

79 BVerfGE 109, 190 (215) unter Hinweis auf BVerfGE 8, 143 (149; Herv.d.Verf.). In BVerfGE 106, 62 (115) wird sogar von einem »zwingenden Konnex zwischen der Wahrnehmung einer ausdrücklich zugewiesenen Kompetenz des Bundes und der punktuellen Inanspruchnahme einer Landeskompentenz« gesprochen.

§§ 33 c bis h GewO geregelten Tatbeständen andererseits bestünde, wäre ein derartiger Sachzusammenhang gegeben, der für die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG beim »Recht der Spielhallen« von Bedeutung sein könnte.

Darüber hinaus sprechen aber auch inhaltliche Gründe gegen eine derartige »Verzahnung«. Vielmehr besteht gerade umgekehrt ein enger Sachzusammenhang zwischen Gestaltung der Spielsysteme der Spielgeräte einerseits und der zulässigen Aufstellungsorte andererseits – zwei Teilbereiche des gewerblichen Spielrechts, die beide in Bundeskompetenz verbleiben müssen. Denn eine Entscheidung über die vertretbare Anzahl von Geräten an verschiedenen Aufstellungsorten hängt letztlich von unabdingbar bundesweit maßgeblichen Vorgaben für die Bauart der Spielgeräte ab. So können beispielsweise selbst unter strengen Voraussetzungen an einzelnen Orten mehr Geräte mit geringerem Gefährdungspotential zugelassen werden als an anderen Orten Geräte mit höherer Gefährdungsstufe⁸⁰. Diesen Sachzusammenhang aufrechtzuerhalten, ist nicht zuletzt deshalb von überragender Bedeutung, weil – anders als bei den Spielbanken – der Schutz vor problematischem Spielverhalten und die Bekämpfung der Spielsucht beim gewerblichen Automatenpiel in erster Linie durch die Beschaffenheit der Spielgeräte und durch eine sowohl örtliche wie zahlenmäßige Beschränkung ihrer Aufstellung gewährleistet werden soll.

2. Keine Ausweitung des »Rechts der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG durch die Ersetzungskompetenz in Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG

Ein weiteres systematisches Argument, mit dem eine Ausdehnung des »Rechts der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auf andere Regelungen des gewerblichen Spielrechts begründet werden soll, wird der sog. Substitutionskompetenz in Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG entnommen, wonach Bundesrecht, das wegen der Änderung des Art. 74 Abs. 1 GG künftig nicht mehr als solches erlassen werden darf, durch entsprechendes Landesrecht ersetzt werden kann. Es wird behauptet, dass »die im Schrifttum vorrangig anzutreffende Fokussierung der Spielhallenkompetenz der Länder auf die derzeit geltende Regelung des § 33 i GewO in einem augenfälligen Widerspruch zu dem allgemeinen Verständnis der Ablösungsregelung in Art. 125 a I 2 GG« stehe. Wie

⁸⁰ So auch die Ergebnisse der Herbstsitzung des Bund-Länder-Ausschusses »Gewerberecht« vom 02./03.11.2006 in Berlin. Näheres dazu bei *Schönleiter*, Herbstsitzung 2006, a.a.O. (Fn. 7), S. 108 ff (110).

die Entstehungsgeschichte dieser Norm zeige, derzufolge deren ursprüngliche Entwurfsfassung, wonach Bundesrecht durch Landesrecht »aufgehoben und ergänzt« werden kann, gerade nicht in die Endfassung übernommen wurde, habe man auf diese Weise die Aufhebung einzelner Normen eines Bundesgesetzes ausgeschlossen. Hieraus wird dann etwas unvermittelt gefolgert: »Ein Land kann danach also nur gesamte Lebenskomplexe bzw. allgemeine Teilbereiche regeln, nicht aber einzelne Vorschriften ändern«⁸¹.

Zutreffend ist lediglich, dass bei fortgeltendem Bundesrecht nach Art. 125 a Abs. 2 GG nur der Bund, nicht aber das Land über eine Änderungskompetenz verfügt und dass dem Land somit nur die »Ersetzung« von Bundesrecht gestattet ist, welche sich nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts von einer Änderung dadurch unterscheidet, »dass der Landesgesetzgeber die Materie, gegebenenfalls auch einen abgrenzbaren Teilbereich, in eigener Verantwortung regelt. Dabei ist er nicht gehindert, ein weitgehend mit dem bisherigen Bundesrecht gleich lautendes Landesrecht zu erlassen«⁸². Von »allgemeinen Teilbereichen« oder gar von »gesamten Lebenskomplexen« ist in dieser Entscheidung indes nirgendwo die Rede. Im Gegenteil: Die vom Gericht zum Ladenschlussrecht genannten Ersetzungskriterien sind beim »Recht der Spielhallen« im Sinne von § 33 i GewO eindeutig erfüllt. Es stellt innerhalb des gewerblichen Spielrechts eine eigenständige Materie, zumindest aber einen abgrenzbaren Teilbereich dar, wie sich sowohl aus dem Inhalt von § 33 i GewO als auch aus seiner Genese ergibt.

Die Vorschrift des § 33 i GewO enthält ausschließlich ortsbezogene Regelungen über die Voraussetzungen, unter denen die Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle oder eines ähnlichen Unternehmens erteilt werden kann oder versagt werden muss. Durch diesen vorwiegend räumlich geprägten Charakter des Normbereichs unterscheidet sich § 33 i GewO mit seinem fachgesetzlichen Charakter deutlich von denjenigen Vorschriften des gewerblichen Spielrechts, die instrumenteller Natur sind und sich etwa auf die Bauart der Spielgeräte (mit oder ohne [Geld-]Gewinnmöglichkeit) und/oder deren Aufstellung beziehen. Letztere Materien sind vor allem in §§ 33 c bis g GewO und in der SpielV geregelt, die für die Prüfung der Voraussetzungen für die Erteilung einer Spielhallenerlaubnis und deren Bindung an Auflagen nach § 33 i GewO ohne Bedeutung sind. Dass es bei der Prüfung persönlicher Versagungsgründe (z.B. fehlende Zuverlässigkeit des Spielhallenbetreibers nach § 33 i Abs. 2 Nr. 1 GewO) bisweilen zu unterschiedlichen Bewertungsmaßstäben und Beurteilungen in bezug auf dieselben Voraussetzungen für Aufsteller von

81 So *Dietlein*, a.a.O. (Fn. 2), S. 16 (m.w. Nachw.).

82 BVerfGE 111, 10 (29).

Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit (§ 33 c Abs. 2 GewO) oder für Veranstalter anderer Gewinnspiele (§ 33 d Abs. 3 GewO) kommen kann, liegt in der Natur der Sache und steht der Eigenständigkeit des Normbereichs »Recht der Spielhallen« im Sinne von § 33 i GewO nicht entgegen.

Das ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte von § 33 i, der – wie bereits dargelegt⁸³ – erst 1960 durch das 4. Änderungsgesetz in die Gewerbeordnung eingefügt wurde. Die Zulassungspflicht für Spielgeräte sowie die Genehmigungspflicht zur Aufstellung zugelassener Spielgeräte, wie sie heute in den §§ 33 c bis g GewO geregelt sind, bestanden indes schon lange zuvor und wurden bereits 1955 an bestimmte Aufstellungsorte, darunter auch »Spielhallen«, sowie an die Höchstzahl von zwei Geräten pro Betrieb geknüpft. Daraus wird ersichtlich, dass spätestens von 1955 an ein funktionsfähiges gewerbliches Spielrecht existierte, welches sich auf Regelungen der Zulassung und Aufstellung von Spielgeräten beschränkte und bis 1960 auf einen Erlaubnisvorbehalt zum Betrieb einer Spielhalle verzichtete. Diese Rechtslage ist erst mit der kumulativen Hinzufügung des § 33 i GewO geändert worden, der als selbständiger Erlaubnistatbestand auch wieder entfallen könnte, ohne dass damit die Funktionsfähigkeit des übrigen gewerblichen Spielrechts wesentlich beeinträchtigt wäre. Ist damit aber das »Recht der Spielhallen«, wie es in § 33 i GewO ausgestaltet ist, durchaus als eigenständige Materie oder jedenfalls als abgrenzbarer Teilbereich des gewerblichen Spielrechts im Sinne der oben zitierten Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zu verstehen, so folgt daraus, dass dieses Spielhallenrecht mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nicht nur in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder übergegangen ist, sondern dass es nach Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG auch vollständig durch Landesrecht ersetzt werden kann, was praktisch bedeutet, dass die Länder äußerstenfalls sogar den Erlaubnisvorbehalt für den Betrieb von Spielhallen komplett streichen und den Rechtszustand von vor 1960 wiederherstellen könnten.

3. Kein Zwang zur Gleichbehandlung aller Geldgewinnspiele aus dem Kohärenz- oder Konsequenzgebot

Das juristisch höchst umstrittene und ökonomisch hart umkämpfte Glücksspielrecht beschäftigt nicht nur ständig die deutschen Gerichte, sondern ist seit einiger Zeit auch Gegenstand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. In zwei Vorabentscheidungsverfahren zur Auslegung der Art.

83 Vgl. oben Fn. 61.

43 EGV (Niederlassungsfreiheit) und 49 EGV (Dienstleistungsfreiheit) hat der EuGH Grundsätze aufgestellt, die eine Beschränkung der Spieltätigkeiten durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses wie den Verbraucherschutz, die Betrugsverbeugung und die Bekämpfung der Spielsucht zu rechtfertigen vermögen. Jedoch müssten diese »Beschränkungen, die auf solche Gründe sowie auf die Notwendigkeit gestützt sind, Störungen der sozialen Ordnung vorzubeugen, auch geeignet sein, die Verwirklichung dieser Ziele in dem Sinne zu gewährleisten, dass sie kohärent und systematisch zur Begrenzung der Wetttätigkeiten beitragen«⁸⁴. Ein späteres Urteil stellt es den Mitgliedsstaaten zwar frei, auf dem Gebiet der Glücksspiele die Ziele ihrer Politik selbst festzulegen und das angestrebte Schutzniveau genau zu bestimmen. Jedoch müssten die von ihnen vorgeschriebenen Beschränkungen den sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergebenden Anforderungen hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit genügen und dürften nicht diskriminierend angewandt werden⁸⁵.

Diese Judikatur hat im Schrifttum nicht nur überwiegend Zustimmung gefunden, sondern viele auch in der Überzeugung bestärkt, dass zumindest der EuGH davon auszugehen scheint, das Europarecht verlange für alle Arten des Glücksspiels in sämtlichen Mitgliedsstaaten einen wirksamen und konsequenten (kohärenten) Schutz von Verbrauchern, Spielern (vor allem Jugendlichen) und der Allgemeinheit vor den Gefahren und Nachteilen der Spielsucht, um Einschränkungen der genannten Freiheiten begründen zu können⁸⁶. So wird auch in Deutschland immer häufiger der Ruf nach einheitlichen Regelungen des gesamten Glücksspielsektors laut⁸⁷. Daraus könnte der Schluss gezogen werden, dass im Hinblick auf die Landeskompetenz für das Glücksspiel (Lotto, Toto, Sportwetten etc.) und die Spielbanken nunmehr auch das »Recht der Spielhallen« im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG umfassend verstanden werden muss, um – angeblich europarechtlichen Vorgaben entsprechend – die geforderte »kohärente« Ausgestaltung des gesamten Glücksspielrechts in eine Hand, nämlich in die der Länder, zu legen.

84 Vgl. EuGH, Urteil vom 6.11.2003 in der Rs. C-243/01 (Gambelli), aml.Slg. I-13031, Rn. 67.

85 Vgl. EuGH, Urteil vom 6.3.2007 in den Rs. C-338/04, C-359/04 und C-360/04 (Placanica u.a.), aml. Slg. I-01891, Rn. 48 und 49.

86 Dazu u.a. *Boris Hoeller/Rüdiger Bodemann*, Das »Gambelli-Urteil« des EuGH und seine Auswirkungen auf Deutschland, in: *NJW* 2004, S. 122-125; *Stefan Korte*, Das Gambelli-Urteil des EuGH, in: *NVwZ* 2004, S. 1449-1452.

87 *Frieder Backu*, Anm. zum »Planica«-Urteil des EuGH, in: *GewArch* 2007, S. 225; *Michael Winkelmüller*, Das Urteil des EFTA-Gerichtshofs zum norwegischen Glücksspielmonopol, *GewArch* 2007, S. 235.

Abgesehen davon, dass diese Schlussfolgerung keineswegs zwingend ist, weil auch bei getrennten Regelungskompetenzen des Bundes (für Spielgeräte und ihre Aufstellung) und der Länder (für Glücksspiele, Spielbanken, Spielhallen) durchaus aufeinander abgestimmte, konsequente Lösungen denkbar und möglich wären, verlangt selbst das Kohärenzgebot keineswegs mehr oder weniger identische Beschränkungen auf allen Gebieten des Glücksspielwesens. Im deutschen Verfassungsrecht wird dieses Prinzip als Erfordernis der »Systemgerechtigkeit« oder des sog. Konsequenzgebots betrachtet und gemeinhin bei Art. 3 Abs. 1 GG angesiedelt⁸⁸. Erst kürzlich hat das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum »Nichtraucherschutz« in Gaststätten festgestellt, dass der Gesetzgeber zwar ein von ihm gewähltes Schutzkonzept im selben Gesetz konsequent und folgerichtig umsetzen müsse, es ihm jedoch freistehe, in Bezug auf den jeweiligen Lebensbereich darüber zu entscheiden, ob, mit welchem Schutzniveau und auf welche Weise Situationen entgegengewirkt werden soll, die nach seiner Einschätzung zu Schäden führen könnten⁸⁹. Gebunden sei er dabei lediglich an den allgemeinen Gleichheitssatz, der ihm nicht jede Differenzierung verwehre, sondern vielmehr je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen setze, »die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen«⁹⁰.

Selbst wenn man also – etwa mit dem EuGH – das gesamte Glücksspielwesen als einheitlichen Lebensbereich ansehen und daraus die Pflicht des Gesetzgebers ableiten würde, sich zur Bekämpfung der Spielsucht auf ein bestimmtes Schutzniveau sowohl für die Spieler als auch für die Allgemeinheit festzulegen, bliebe es ihm überlassen, die Mittel und Wege zu bestimmen, auf denen er dieses Schutzziel erreichen will, vorausgesetzt, dass unterschiedliche Methoden gleichermaßen wirksam sind. Im Glücksspielrecht verfolgen die Länder dieses Ziel mit Hilfe des Glücksspielstaatsvertrages vom 1. Januar 2008 durch Glücksspielverbote (z.B. im Internet), Werbebeschränkungen, besondere Schulung des Personals (sog. Sozialkonzept), Spielersperren und eine staatliche Glücksspielaufsicht. Bei Spielbanken kommen Zugangskontrollen (inzwischen auch für das »kleine« Automatenspiel) hinzu. Auf dem Gebiet des gewerblichen Geldgewinnspiels sorgt der Bund durch besondere Anforderungen an die Bauart und Beschaffenheit der Spielgeräte, durch Vor-

88 Ausführlich dazu *Christoph Degenhart*, Systemgerechtigkeit und Selbstbindung des Gesetzgebers als Verfassungspostulat, München 1976; *Franz-Josef Peine*, Systemgerechtigkeit. Die Selbstbindung des Gesetzgebers als Maßstab der Normenkontrolle, Baden-Baden 1985.

89 BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008, Rn. 120, 135.

90 Ebenda, Rn. 150.

gaben für ihre Aufstellung sowie durch Beschränkungen der Gewinnmöglichkeiten in den §§ 33 c bis g GewO und in der SpielV für einen ausreichenden und ebenso wirksamen Schutz, der im Hinblick auf die Berufsfreiheit der Gerätehersteller, -händler und -aufsteller zusätzlich mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sein muss⁹¹. Entscheiden sich in diesem Sinne die Gesetzgeber des Bundes und der Länder für verschiedene, jedoch im Ergebnis funktionsäquivalente »Modelle« zur Erreichung desselben Schutzziels auf dem gleichen Niveau wird dem Kohärenzgebot auch auf dem Gebiet des gewerblichen Geldgewinnspiels hinlänglich Genüge getan⁹², so dass es hierzu keiner Kompetenzverschiebung, Kompetenzbündelung oder (vorliegend) einer Kompetenzausweitung zugunsten der Länder bedarf.

Zwischenergebnis 3:

Trotz prozeduraler Verknüpfungen besteht zwischen dem Spielhallenrecht im Sinne von § 33 i GewO und dem Recht der Spielgeräte (einschließlich ihrer Aufstellung) in §§ 33 c bis h GewO kein *notwendiger* normativer Zusammenhang, der es geböte, das »Recht der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG unter Einbeziehung zumindest von Teilen des Spielgeräterechts weit auszulegen, so dass es das gesamte gewerbliche Geldgewinnspiel umfassen würde. Die Ersetzungskompetenz der Länder in Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG zwingt ebenfalls nicht zu einer solchen Ausweitung, weil beide Materien als eigenständige Rechtsgebiete, jedenfalls aber als abtrennbare Teilbereiche des gewerblichen Geldgewinnspiels nebeneinander existieren und der Erlaubnisvorbehalt in § 33 i GewO zudem fachgesetzlichen Charakter hat. Schließlich verlangt auch das sog. Kohärenz- oder Konsequenzgebot keine einheitlichen, mehr oder weniger identischen Vorkehrungen des Bundes- und/oder Landesgesetzgebers zur Bekämpfung der Spielsucht oder zum Schutz von Spielern und Allgemeinheit vor den Gefahren des Glücksspiels auf all seinen Gebieten, die eine Erweiterung der diesbezüglichen Landeskompetenzen unausweichlich machen würden, sondern nur funktionsäquivalente Maßnahmen, die gleichermaßen geeignet und erforderlich sind, um dasselbe Schutzziel auf einem angemessenen Schutzniveau zu erreichen.

91 Näheres dazu im Teil B, S. 54 ff.

92 Vgl. dazu *Siegbert Alber*, Freier Dienstleistungsverkehr auch für Glücksspiele? Zur Rechtsprechung des EuGH zum Glücksspielbereich, in: ERA-Forum (2007), S. 321-355 (354): »Eine kohärente, also einheitliche Regelung der einzelnen Glücksspielbereiche scheint indes aber nur dann nötig zu sein, wenn die Bereiche insoweit gleichartig, also austauschbar sein sollten, wenn also z.B. bei einem Verbot einer bestimmten Art des Spielbetriebs auf eine andere ausgewichen wird«. Vgl. auch die Schlussanträge des Generalanwalts *Yves Bot* vom 14. Oktober 2008 in der Rechtssache *Liga Portuguesa*, C-42/07, Rn. 305 f.

IV. *Der Regelungszweck der Herauslösung des »Rechts der Spielhallen« aus dem Recht der Wirtschaft in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG*

Wie im Recht allgemein spielt auch für die Auslegung von Verfassungsnormen die sog. teleologische Methode mit der Frage nach dem objektiven Sinn und Zweck einer Norm letztlich die entscheidende Rolle. Deshalb wird nunmehr dem konkreten Regelungszweck nachgegangen, der mit der Aussonderung des Spielhallenrechts aus dem Kompetenztitel »Recht der Wirtschaft« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und seiner Übertragung in die ausschließliche Gesetzgebungszuständigkeit der Länder verfolgt wird (1.). Dabei wird sich zeigen, dass es bei der Bestimmung des Regelungszwecks von Kompetenztiteln in Art. 74 GG maßgeblich auf deren Entstehungsgeschichte und die Absichten ihrer Urheber ankommt (2.). Schließlich wird der Frage nachgegangen, in welcher normlogischen Beziehung der besondere, nunmehr dem Landesrecht zugewiesene Kompetenztitel des Spielhallenrechts in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zu dem weiterhin in der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes verbleibenden allgemeinen »Recht der Wirtschaft« steht und ob er, etwa durch Analogie, auf das gesamte »Spielhallenwesen« ausgedehnt werden kann (3.).

1. *Sinn und Zweck des »Negativkatalogs« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG*

Anlaß zur Herauslösung einzelner Materien aus dem »Recht der Wirtschaft« war das mit der Föderalismusreform I verfolgte Ziel, die Handlungs- und Entscheidungsfähigkeit von Bund und Ländern zu verbessern, die politischen Verantwortlichkeiten deutlicher zu trennen sowie die Zweckmäßigkeit und Effizienz der Aufgabenerfüllung zu steigern. Dabei sollte auch die Zuordnung der Gesetzgebungszuständigkeiten auf Bund und Länder überprüft werden⁹³. Schon im Vorfeld der Kommissionsberatungen hatten die Länder bereits eine Stärkung ihrer Gesetzgebungsrechte gefordert, und zwar zunächst deren Regierungschefs am 27. März 2003 in sog. »Leitlinien für die Verhandlungen mit dem Bund über die Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung« und wenig später die Landesparlamente in ihrer »Lübecker Erklärung« vom 31.

93 Vgl. die gleichlautenden Beschlüsse zur Einsetzung der »Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung« des Deutschen Bundestages vom 14. Oktober 2004 (BT-Drs. 15/1685) und des Bundesrates vom 15. Oktober 2004 (BR-Drs. 750/03).

März 2003. Schon kurz nach Beginn der Kommissionsarbeiten begab sich die für »Gesetzgebungskompetenzen und Mitwirkungsrechte« verantwortliche Arbeitsgruppe auf die Suche nach Regelungszuständigkeiten, die ohne Gefährdung gleichwertiger Lebensverhältnisse sowie der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im Bundesgebiet in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder überführt werden konnten.

Die Arbeitsgruppe verfolgte dabei jedoch kein in sich geschlossenes, auf bestimmte Prinzipien oder Systemanforderungen der bundesstaatlichen Ordnung hin ausgerichtetes Konzept, dem sich Sinn und Zweck des »Negativkatalogs« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ohne weiteres entnehmen ließe. Vielmehr war die Identifizierung neuer ausschließlicher Landeskompetenzen eher von spontanen Einfällen und zufällig aufgegriffenen Vorschlägen geprägt. Man listete Materien auf, bei denen angenommen wurde, dass sie lediglich von regionaler oder lokaler Bedeutung sind und deshalb nicht nur von den Ländern allein, sondern auch von Land zu Land unterschiedlich geregelt werden können. Nachdem weit ausgreifende Vorstellungen der Länder über Kompetenzverlagerungen ganzer Rechtsgebiete sogar im Bereich des für die Wirtschaftseinheit im Bundesgebiet besonders wichtigen »Rechts der Wirtschaft« (z.B. des gesamten Gewerberechts) oder über entsprechende Zugriffsrechte auf Bundeskompetenzen sich als nicht mehrheitsfähig erwiesen hatten, kamen die Vorschläge überwiegend von der Bundesregierung, deren Ministerien sich allerdings bei den jeweiligen Ministerialverwaltungen der Länder »rückversichert« hatten. Daher kann man beim »Negativkatalog« des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nur von einem halbwegs abgestimmten Ensemble mehr oder weniger zufällig genannter Kompetenztitel sprechen, die als Auswahlkriterium lediglich das sog. Regionalprinzip miteinander verbindet. Da bisher noch kein Land – außer dem Nichtraucherschutz und dem Ladenschluss – von einer dieser neuen Kompetenzen Gebrauch gemacht hat, läßt sich auch aus der Staatspraxis nichts entnehmen, was über Sinn und Zweck dieses Katalogs nähere Auskunft geben könnte.

2. Bestimmung des Regelungszwecks nach der Entstehungsgeschichte

Unter diesen Umständen hilft die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur teleologischen Auslegung von konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen in Art. 74 GG weiter. In mehreren Entscheidungen hat das Gericht immer wieder betont, dass hierbei neben der Staatspraxis gerade die Entstehungsgeschichte des jeweiligen Kompetenztitels von besonderer

Bedeutung ist⁹⁴. Im Urteil vom 10.02.2004 zur nachträglichen Sicherungsverwahrung heißt es wörtlich:

»Hat der Verfassungsgeber eine normativ ausgeformte Materie vorgefunden und sie als solche gleichsam nachvollziehend benannt, so ist davon auszugehen, dass die einfachgesetzliche Ausformung in der Regel den Zuweisungsgehalt auch der Kompetenznorm bestimmt . . . *Sinn und Zweck der Umschreibung eines vom Verfassungsgeber bereits vorgefundenen Normbereichs in der Kompetenzvorschrift sprechen dafür, dass der vorgefundene Normbereich von ihr erfasst werden soll*«⁹⁵.

Auf die gleiche Weise wird auch der Begriff des »Tierschutzes« in der sog. Kampfhunde-Entscheidung vom 16.03.2004 bestimmt. Was unter Tierschutz im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 20 GG zu verstehen sei, habe das Bundesverfassungsgericht noch nicht entschieden. Sodann fährt das Gericht wie folgt fort:

»Nach den Vorstellungen des verfassungsändernden Gesetzgebers, der die Nummer 20 des damaligen Art. 74 GG durch das Änderungsgesetz vom 18. März 1971 (BGBl. I S. 207) um das Sachgebiet »Tierschutz« erweitert hat, sollte dadurch die Grundlage für ein umfassendes Tierschutzgesetz des Bundes geschaffen werden. Der Begriff des Tierschutzes ist dem entsprechend weit auszulegen«⁹⁶.

Übertragen auf das »Recht der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bedeutet dies, dass mit Blick auf die Entstehungsgeschichte hier gerade umgekehrt eine enge Auslegung geboten ist.

Um Wiederholungen zu vermeiden, kann insoweit auf den obigen Teil A, I, verwiesen werden. Aus ihm ergibt sich eindeutig, dass der verfassungsändernde Gesetzgeber im Rahmen eines hart umkämpften Kompromisses zwischen Bund und Ländern gerade nicht die Absicht besessen hat, den Ländern die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für das gesamte »Spielhallenwesen« (einschließlich des Rechts der Spielgeräte und ihrer Aufstellung) zuzuweisen, sondern diesen Kompetenztitel auf Regelungen beschränken wollte, die im Rahmen des § 33 i GewO möglich und notwendig sind. Er fand in der Spielhallenvorschrift des § 33 i GewO einen einfachrechtlich bereits ausgeformten Normbereich von der Qualität eines Fachgesetzes vor. Daher

94 Vgl. BVerfGE 106, 62 (105) unter Hinweis auf BVerfGE 33, 125 (152); 61, 149 (175); 68, 319 (328).

95 So BVerfGE 109, 190 (218; Herv.d.Verf.) unter Hinweis auf *Degenhart* in: Sachs, GG, 3. Aufl., Art. 70, Rn. 44, 47). Ebenso Höfling/Rixen, a.a.O. (Fn. 7), S. 2 (insbes. Fn. 18).

96 BVerfGE 110, 141 (170 f.).

lassen Sinn und Zweck der Umschreibung dieses Normbereichs in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG erkennen, dass auch der in § 33 i GewO vorgefundene Normbereich erfasst werden soll. Die teleologische Auslegung des »Rechts der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG bestätigt somit die Ergebnisse, die bereits im Wege der grammatischen, historischen und systematischen Auslegung gefunden worden sind.

3. *Das »Recht der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG als Ausnahmeregelung*

Damit bleibt abschließend nur noch zu prüfen, ob der verfassungsändernde Gesetzgeber bei der Aufnahme des »Rechts der Spielhallen« in den Negativkatalog des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG eine Lücke geschaffen oder gelassen hat, die im Wege der Analogie geschlossen werden könnte. Anlass zu dieser Erwägung ist der Umstand, dass im Kompetenztitel selbst nur von »Spielhallen« die Rede ist, während sich § 33 i GewO auch auf »ähnliche Unternehmen« bezieht. Für die Frage der Reichweite einer Verfassungsnorm ist das logische Verhältnis maßgebend, in dem sie zu anderen benachbarten oder sie umgebenden Vorschriften steht, mit denen sie verglichen werden kann. Dabei ist festzustellen, ob es sich etwa um eine kleinere von einer größeren, um eine begrenztere von einer umfassenderen sowie um eine besondere von einer allgemeineren Regelung oder umgekehrt handelt. Je nachdem können nicht nur zum Verständnis einer einfachrechtlichen Vorschrift, sondern auch im Rahmen der Verfassungsinterpretation zur Bestimmung des Geltungsbereichs einer Norm im Hinblick darauf, ob sie alle ihr zugehörigen Sachverhalte erfasst oder ob eine Regelungslücke vorliegt, verschiedene Schlussverfahren angewandt werden, die zum Beispiel als Analogie- oder Umkehrschluß, als sog. *argumentum à maiore ad minus*, *à minore ad maius* oder *à fortiori* (»erst recht«-Schluss) in die juristische Methodenlehre Eingang gefunden haben⁹⁷. Welches dieser Schlussverfahren in einem konkreten Fall maßgeblich ist, hängt von der jeweiligen Normstruktur des anzuwendenden Rechts und davon ab, ob eine Regelungslücke besteht, die auf diesem Wege geschlossen werden kann.

Die Annahme einer Regelungslücke setzt voraus, dass Anhaltspunkte darauf hindeuten, der Gesetz- oder Verfassungsgeber habe bewußt oder ungewollt keine vollständige Regelung geschaffen, die alle objektiv einschlägigen Sach-

⁹⁷ Vgl. *Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 265.

verhalte erfasst. Daran gemessen, läßt sich aus dem Umstand, dass in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zwar von Spielhallen, nicht aber von »ähnlichen Unternehmen« gesprochen wird, nicht auf eine solche Regelungslücke schließen. Wie oben dargelegt, wollte der verfassungsändernde Gesetzgeber mit dem »Recht der Spielhallen« den gesamten Regelungsbereich des § 33 i GewO erfassen und die dort ebenfalls erwähnten »ähnlichen Unternehmen« keineswegs davon ausnehmen. Selbst wenn man aber davon ausgehen würde, dass insoweit eine Regelungslücke in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG besteht, könnte sie durch Analogie beseitigt werden. Dafür spricht bereits das Adjektiv »ähnlich«, das diese Unternehmen einer Spielhalle vergleichbar macht. Aber auch die Zweckbestimmung solch »ähnlicher Unternehmen« ist mit der von Spielhallen identisch. Es kommt bei solchen Betrieben zwar nicht wie bei Spielhallen auf das Vorhandensein eines durch bauliche Elemente abgegrenzten, überwiegend vom Spielgeschehen geprägten Raumes an, jedoch darauf, dass durch die Zahl und räumliche Konzentration von Spielgeräten die für die Spielhalle charakteristische animierende Atmosphäre geschaffen wird (sog. Spielhallenfluidum)⁹⁸. Daher ist anzunehmen, dass mit dem Begriff »Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auch die »ähnlichen Unternehmen« erfasst werden.

Hinweise auf eine weitere planwidrige Regelungslücke, die in den Kompetenztitel »Recht der Spielhallen« mit Hilfe eines Analogieschlusses auch das Recht der Spielgeräte und ihrer Aufstellung einzubeziehen erlaubt, finden sich jedoch weder in der Entstehungsgeschichte von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG noch bei dessen systematischer Auslegung. Im Gegenteil: Wie schon mehrfach festgestellt, wollte der verfassungsändernde Gesetzgeber eine derartige Ausweitung des Regelungsgegenstandes gerade ausschließen. Verbietet sich aber eine solche Analogie, dann müssen die Kompetenztitel im Negativkatalog des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG restriktiv interpretiert werden. Das ergibt sich bereits aus allgemein methodologischen Erwägungen. Danach sind Ausnahmeregelungen generell eng auszulegen und grundsätzlich nicht analogiefähig (»singularia non sunt extenda«). Nur dann, wenn bei der Anwendung einer Ausnahmenvorschrift auf einen ähnlich gelagerten Sachverhalt Ergebnisse erzielt werden, die der Gesetzgeber bei der Schaffung der Norm im Auge hatte, kann im Einzelfall von einem solchen Analogieverbot abgesehen und die Spezialvorschrift insoweit auch in einem weiteren Sinne verstanden werden. Das ist hier jedoch – wie oben im Zusammenhang mit der Entste-

98 So VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 26.8.2003, in: GewArch 2004, S. 126 f. Vgl. bereits OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 20.02.1998, in: DVBl. 1998, S. 1229 ff. (1230).

hungsgeschichte des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG dargelegt – gerade nicht anzunehmen.

Etwas anderes würde möglicherweise nur gelten, wenn man – ausgehend von Art. 30 und 70 GG – den Katalogen der ausschließlichen und konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes in Art. 73 und 74 GG ihrerseits einen Ausnahmecharakter beimessen würde mit der Folge, dass es sich bei der Negativliste in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG um eine Art »Rückausnahme« handeln würde, die wiederum weit zu interpretieren wäre. Dem steht jedoch entgegen, dass nach herrschender, nahezu unbestrittener Ansicht bei sich berührenden oder überschneidenden Zuständigkeiten von Bund und Ländern die betreffende Materie jeweils dem Rechtskreis zuzuordnen ist, in dem sie nach Zweck und Wirkung, Zielrichtung oder prägender Funktion ihren Schwerpunkt hat (sog. Schwerpunkt-Theorie)⁹⁹. Dieser Ansatz hat häufig dazu geführt, im Zweifelsfall den Bund für zuständig zu erklären, im Ergebnis also die einzelnen Kompetenztitel in Art. 73 und 74 GG extensiv auszulegen¹⁰⁰. Jedenfalls begründen Art. 30 und 70 GG keine Zuständigkeitsvermutung zugunsten der Länder, etwa im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses, und bewirken folglich auch nicht dessen Umkehrung. Daher kann eine Ausweitung der Spielhallenkompetenz der Länder nicht auf deren »Residualbefugnisse« gestützt werden.

Zum selben Ergebnis gelangen mit Recht diejenigen Stimmen in der Literatur, die an den vom Verfassungsgeber angenommenen und intendierten Regionalbezug bzw. an die »örtliche Radizierung« der den Ländern in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zugewiesenen Gegenstände anknüpfen. Werde dieser Hintergrund berücksichtigt, sprächen »gute Gründe dafür, dass der Begriff ›Recht der Spielhallen‹ in dem neu gefassten Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nicht weit zu verstehen ist und grundsätzlich nicht komplementäre Materien einschließt. Wird der Bezug zum räumlichen Geltungsbereich der Erlaubnis verlassen, so können das weiter gehende ›Recht der Wirtschaft‹ oder das Gebiet der ›öffentlichen Fürsorge‹ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG) betroffen sein, so dass wohl insofern weiterhin eine bundesrechtliche Regelung erfolgen darf«¹⁰¹. Ähnlich äußert sich Kluth: »Insgesamt ist bei der Interpretation der den Ländern zugewiesenen Teilmaterien von der **Leitlinie einer engen Interpretation** auszugehen, da durch die Föderalismusreform nicht die Abwanderung von ganzen Sachbereichen an die Länder intendiert war. Vor allem im Bereich des Wirtschaftsrechts war vielmehr der besondere regionale Bezug das entscheidende Motiv für die Verlagerung der Zuständigkeit auf die Länder, so dass auch nur

99 Aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG vgl. BVerfGE 97, 228 (251 f.); 98, 145 (158), 265 (299). Dazu auch *Höfling/Rixen*, a.a.O. (Fn. 7), S. 3 f.

100 Vgl. BVerfGE 106, 62 (114 f.); 110, 141 (171).

101 So *Hahn*, a.a.O. (Fn. 7), S. 89; *ders.*, a.a.O. (Fn. 61), Rn. 2 a zu § 33 i.

insoweit von einer Kompetenzverlagerung ausgegangen werden darf, als es spezifisch um die Berücksichtigung regionaler Besonderheiten geht¹⁰². Der dagegen erhobene Einwand, auch einem weiten Anwendungsbereich der Kompetenznorm »Recht der Spielhallen« im Sinne des gesamten Spielhallenwesens komme ein regionaler Bezug zu¹⁰³, ist nicht nur irreführend, sondern offensichtlich unhaltbar. Es bedarf keiner näheren Begründung, dass zum Beispiel die Bauartzulassung von Spielgeräten und die Unbedenklichkeitsbescheinigung für andere Spiele nach §§ 33 c, d und e GewO sowie nach Maßgabe der aufgrund von § 33 f erlassenen Durchführungsverordnung (SpielV), die sämtlich auch zum sog. Sach- und Lebensbereich des »Spielhallenwesens« gehören sollen, völlig unabhängig vom jeweiligen Spielort erteilt werden und nach Art einer Typengenehmigung produktbezogen, nicht aber »lokal radiziert« (verwurzelt) sind.

Zwischenergebnis 4:

Für die Bestimmung von Sinn und Zweck des »Negativkatalogs« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG sind in erster Linie dessen Entstehungsgeschichte und – soweit bereits vorhanden – die dazugehörige Staatspraxis entscheidend. Das auf diese Weise im Wege teleologischer Auslegung ermittelte Regelungsziel bleibt zumindest solange maßgebend, wie es nicht durch eine abweichende Staatspraxis modifiziert oder fortgebildet wird. Mit dem »Recht der Spielhallen« hat der verfassungsändernde Gesetzgeber eine in § 33 i GewO und zahlreichen weiteren Vorschriften des einfachen Rechts bereits normativ ausgeformte Materie vorgefunden, von der anzunehmen ist, dass sie auch den Zuweisungsgehalt des Kompetenztitels prägt. Darüber hinaus stellt der Ausschusstatbestand in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG eine Ausnahmeregelung dar, die nach allgemeiner Methodenlehre grundsätzlich eng auszulegen ist und eine Analogie nur insoweit erlaubt, als diese vom Regelungsziel der Norm noch gedeckt wird. Das ist bei den »ähnlichen Unternehmen« in § 33 i GewO der Fall, die wie »Spielhallen« fungieren, nicht aber bei Regelungen über Spielgeräte und über die Bedingungen ihrer Aufstellung. Schließlich folgt im Hinblick auf den Sinn und Zweck des »Negativkatalogs« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ein enges Verständnis der darin enthaltenen neuen Landeskompetenzen nicht zuletzt aus der Absicht des verfassungsändernden Gesetzgebers, den Ländern lediglich Materien zu überlassen, die ausschließlich lokal oder

102 *Winfried Kluth* in: Kluth (Hrsg.), *Föderalismusreformgesetz. Einführung und Kommentierung*, Baden-Baden 2007; Rn. 3 zu Art. 74. Ebenso *Höfling/Rixen*, a.a.O. (Fn. 7), S. 7 f.

103 So aber *Dietlein*, a.a.O. (Fn. 2), S. 16.

regional verankert und verwurzelt (»radiziert«) sind und deshalb sowohl von den Ländern allein (ohne Beteiligung des Bundes) als auch zwischen den Ländern unterschiedlich geregelt werden können.

B. Zulässigkeit von Beschränkungen des Spielhallenbetriebs durch die Länder

Seit Beginn der achtziger Jahre wird nicht nur in Deutschland, sondern auch anderswo in Europa, namentlich in Großbritannien, Österreich, Italien und Spanien, zunehmend über die Gefahren problematischen Spielverhaltens (»Spielsucht«) diskutiert und zum Schutz von Spielern und Allgemeinheit die Forderung nach wirksamen Vorkehrungen erhoben, die sich überall da, wo sich das Glücksspiel in Gestalt von Spielbanken, Wetten oder Lotterien als Monopol in öffentlicher Hand befindet, naturgemäß an den Staat richten. In den Focus dieser Debatte ist inzwischen verstärkt auch das gewerblich betriebene Geldgewinnspiel in Spielhallen und Gaststätten geraten. Dazu trugen in jüngster Zeit vor allem drei Faktoren bei: Zunächst hatte – wie bereits dargelegt – der Europäische Gerichtshof in den beiden Verfahren »Gambelli«¹⁰⁴ und »Placanica«¹⁰⁵ das sog. Kohärenzgebot entwickelt, wonach die Mitgliedsstaaten zu einem effektiven und kohärenten Spieler- und Verbraucherschutz verpflichtet sind, der für alle Formen des Glücksspiels gleichermaßen verbindlich sein soll. Wenig später stellte das Bundesverfassungsgericht im sog. Sportwetten-Urteil vom 28. März 2006 fest, dass »bei weitem die meisten Spieler mit problematischem oder pathologischem Spielverhalten . . . nach derzeitigem Erkenntnisstand an Automaten« spielen, »die nach der Gewerbeordnung betrieben werden dürfen«¹⁰⁶. Schließlich vereinbarten die Länder im Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) vom 1. Januar 2008 eine Vielzahl von Maßnahmen, die dazu dienen sollen, das Entstehen von Spiel- und Wetsucht zu verhindern, das Glücksspielangebot zu begrenzen und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen¹⁰⁷.

Unter diesen Umständen ließ der Ruf nach einem schärferen Vorgehen gegen das gewerbliche Geldgewinnspiel mit Automaten nicht lange auf sich warten. Am 12. März 2008 beschloss der »Fachbeirat« nach § 10 Abs. 1 Satz 2 GlüStV¹⁰⁸, der die Länder zur Erreichung der oben genannten Ziele eigentlich

104 Vgl. Fn. 84.

105 Vgl. Fn. 85.

106 BVerfGE 115, 276 (305).

107 Vgl. oben S. 8, Fn. 4.

108 Geschaffen durch »Verwaltungsvereinbarung über die Zusammenarbeit der Länder bei der Glücksspielaufsicht und die Errichtung des Fachbeirats nach § 10 Abs. 1 Satz 2 Glücksspielstaatsvertrag – Verwaltungsvereinbarung Glücksspielstaatsvertrag – (VwVGlüStV)« vom 1. Januar 2008.

nur bei der Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots unterstützen soll, etwas außerhalb dieser Zuständigkeit, den Ländern zu empfehlen, eine Bundesratsinitiative zur Ergänzung von § 33 e Abs. 1 GewO durch einen Satz 2 zu ergreifen, der eine Fülle neuer Beschränkungen in Gestalt zusätzlicher Anforderungen an Mindestspieldauer, Höchsteinsatz, Gewinn- und Verlustgrenzen, Spielverlaufsanzeigen und Verboten bestimmter Lichteffekte an den Geräten enthält, deren Nichterfüllung zwingend zur Versagung der Bauartgenehmigung von Geräten und der Unbedenklichkeitsbescheinigung für andere Spiele führen soll¹⁰⁹. Auf Landesebene werden inzwischen ebenfalls Schritte in diese Richtung verlangt. So hat beispielsweise die SPD-Fraktion im Landtag von Baden-Württemberg bereits am 4. Juni 2007 die Landesregierung ersucht, einen Gesetzentwurf für das Recht der Spielhallen vorzulegen, der Eingangskontrollen, Suchtpräventionsmaßnahmen, lokale und regionale Mengengrenzungen von Spielgeräten und eine Verhinderung von Spielhallenkomplexen aufgrund von Mehrfachkonzessionen vorsieht¹¹⁰. Die Föderalismusreform – so die Begründung – eröffne dem Land die Chance, Spielhallen nach eigenem Recht zu regulieren. Gleiche Spielregeln für alle Anbieter sollten den Jugendschutz und die Suchtprävention verbessern¹¹¹.

Noch weiter gehen vereinzelte Stimmen in der Literatur mit der Feststellung, dass beim Angebot von genuinen Glücksspielen (Automatenglücksspielen iS. des § 33 c I GewO) in Spielhallen »zum Zwecke einer umfassenden Realisierung des glücksspielrechtlichen Präventionskonzepts landesrechtliche Beschränkungen bis hin zum Ausschluss derartiger Spiele in Spielhallen möglich« seien¹¹². Unbestrittene Voraussetzung derartiger Schranken ist jedoch die Verfassungsmäßigkeit eines solchen Landesgesetzes, das wiederum in formeller Hinsicht eine entsprechende Landeskompetenz erfordert und in materieller Hinsicht mit einschlägigen Grundrechten, insbesondere mit der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) von Herstellern, Händlern und Aufstellern der Geräte sowie der Betreiber von Spielhallen und ihres Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 Abs. 1 GG) vereinbar sein muss. Im Folgenden werden daher die wichtigsten, gegenwärtig diskutierten Einzelmaßnahmen zur Eindämmung der Spielsucht beim Geldgewinnspiel in gewerblichen Spielstätten daraufhin untersucht, ob sie erstens in

109 Auf eine ähnlich rigide Verschärfung der SpielV zielt auch ein Antrag der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN im Bundestag vom 12.11.2008 mit dem Titel »Wirksamer Schutz vor Glücksspielsucht gewährleisten« (BT-Drs. 16/10878), der auf der 193. Plenarsitzung am 04.12.2008 in erster Lesung behandelt wurde (Plenarprotokoll 16/193), S. 20875 D ff.

110 Vgl. Landtagsdrucksache 14/1350 vom 5. Juni 2007 mit angeschlossener Stellungnahme des Finanzministeriums vom 27. Juni 2007.

111 So die Pressemitteilung der SPD-Landtagsfraktion vom 5. Juni 2007.

112 So Dietlein, a.a.O. (Fn. 2), S. 83.

die Gesetzgebungszuständigkeit der Länder fallen (I.) und zweitens – soweit dies anzunehmen ist – nicht gegen eines der genannten Grundrechte verstoßen (II.).

I. *Kompetenzschränken aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG*

Betrachtet man die einzelnen Vorschläge zur Bekämpfung der Spielsucht im gewerblichen Bereich unter Kompetenzgesichtspunkten, ist zwischen vier Arten von Massnahmen zu unterscheiden: 1. gerätebezogenen, 2. aufstellungsbezogenen, 3. orts- oder raumbezogenen und 4. personenbezogenen Regelungen. Diese Differenzierung folgt der Systematik des allgemeinen Gewerberechts und bildet die dort gesondert normierten Prüfungs-, Genehmigungs- und Erlaubnisverfahren in § 33 c (Aufstellung von Spielautomaten), § 33 d (Veranstaltung anderer Gewinnspiele), § 33 e (Bauartzulassung von Geräten, Unbedenklichkeitsbescheinigung für andere Spiele), § 33 i (Spielhallen, ähnliche Unternehmen) sowie in der aufgrund von § 33 f zu deren Durchführung erlassenen Spielverordnung (SpielV) ab.

1. *Abschichtung des Geräte- und Aufstellungsrechts (§§ 33 c bis g GewO)*

Dass sich die SpielV auf all diese verschiedenen Regelungstatbestände gemeinsam erstreckt, hindert weder deren prozedurale noch deren materiellrechtliche Absonderung und Abschichtung vom eigentlichen Spielhallenrecht. So wird z.B. unter den Gegenständen der Rechtsverordnung nach § 33 f GewO auch der Tatbestand des § 33 i GewO aufgeführt; wie sich aus der näheren Bestimmung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung in § 33 f Abs. 1 GewO ergibt, betreffen das Spielhallenrecht nur die Nummern 2 (Vorschriften über Befugnisse und Verpflichtungen bei der Ausübung des Gewerbes) und 4 (Vorschriften über Verpflichtungen des Gewerbetreibenden, in dessen Betrieb das Spielgerät aufgestellt werden soll).

Tatsächlich statuiert jedoch die SpielV im III. Abschnitt über »Verpflichtungen bei der Ausübung des Gewerbes« eigenständige Obliegenheiten nur der Hersteller und Aufsteller von Spielgeräten sowie der Veranstalter anderer Spiele, nicht aber der Betreiber von Spielhallen. Wenn man von der Auf-

sichtspflicht für Gastwirte nach § 3 Abs. 1 Satz 2 SpielV absieht, muss sich ein Spielhallenbesitzer lediglich davon überzeugen, dass der Aufsteller die nach § 33 c Abs. 3 Satz 1 GewO erforderliche Bestätigung über die Zulässigkeit des Aufstellungsortes besitzt, und dafür sorgen, dass sein Betrieb den Anforderungen der §§ 3 Abs. 2 und 3 und 6 Abs. 4 Satz 2 SpielV entspricht (§ 3 a SpielV). Sonst finden sich in der SpielV keinerlei Vorschriften, die unmittelbar den Spielhallenbetrieb oder dessen Inhaber betreffen, obwohl § 33 f Abs. 1 Nr. 4 GewO ausdrücklich dazu ermächtigt¹¹³. Daher wird man feststellen können, dass die SpielV nur auf Hersteller und Aufsteller von Spielgeräten direkt anwendbar ist, nicht aber auf alle Umstände, die mit dem Spielhallenbetrieb verbunden sind, und daher auch nicht zum »Recht der Spielhallen« im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gehört, wobei unterstellt wird, daß mit der Föderalismusreform nunmehr zumindest § 33 f Abs. 1 Nr. 4 GewO selbst gemäß Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG – nur bezogen auf Spielhallen – durch Landesrecht ersetzt werden kann.

Stellt aber die SpielV für eine Herausnahme des Spielhallenrechts aus der Bundeskompetenz für das gewerbliche Geldgewinnspiel als Teil des »Rechts der Wirtschaft« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG kein Hindernis dar, so verbleibt auf diesem Gebiet beim Bund weiterhin in vollem Umfang die konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit für alle geräte- und herstellerbezogenen Regelungen und im Prinzip auch die Zuständigkeit für aufstellungs- und veranstaltungsbezogene Vorschriften. Erstere betreffen bei Geldspielgeräten die Bauartzulassung nach § 33 e GewO in Verb. mit §§ 11 bis 17 SpielV und enthalten Maßgaben etwa für eine Mindestspieldauer pro Spiel, für Höchsteinsätze sowie für Höchstgewinne oder -verluste innerhalb einer bestimmten Zeit, für Zwangspausen (sog. Abkühlphase), für die Art der Gewinnauszahlung (nur in Geld, Verbot von Jackpots, Token oder Bonuspunkten), für die Gestaltung der Geräte (z.B. geräuscharm, ohne Lichteffekte) oder für zusätzliche Spielerinformationen (z.B. Spielverlaufsanzeigen, Gewinnchancen, Warnhinweise etc.). Die Entscheidung über all diese geräte- und herstellerbezogenen Vorkehrungen gegen die Gefahren der Spielsucht bleibt weiterhin allein Sache des Bundes¹¹⁴. Sie können daher im Rahmen einer Studie, die sich mit dem »Recht der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG als neuer Landeskompetenz beschäftigt, außer Betracht bleiben, wobei allerdings anzumerken ist,

113 Zu den »Verpflichtungen bei der Ausübung des Gewerbes« vgl. auch *Hahn*, a.a.O. (Fn. 7), S. 96 f.

114 Das wird offenbar auch vom *Fachbeirat* nach § 10 Abs. 1 Satz 2 GlüStV so gesehen, der deshalb die Länder aufforderte, derartige Vorgaben für die Gerätebeschaffenheit nicht selbst umzusetzen, sondern sich mit einer Gesetzesinitiative im Bundesrat dafür einzusetzen.

dass insoweit die Grundrechte, insbesondere Art. 12 Abs. 1 und 14 Abs. 1 GG, auch dem Bundesgesetzgeber Schranken ziehen¹¹⁵.

Das Gleiche gilt grundsätzlich auch für Regelungen, die sich auf die Aufstellung von Geldgewinnspielgeräten oder auf die Veranstaltung anderer Spiele mit Gewinnmöglichkeit im Sinne von §§ 33 c und d GewO beziehen und für die ebenfalls in erster Linie der Bund zuständig ist. Dazu gehören etwa Vorschriften über die Zulassung zur Aufstellung von Geldspielgeräten außerhalb von Spielbanken (u.a. in Spielhallen), die Art und Weise ihrer Platzierung (z.B. in Zweiergruppen, mit Sichtblenden etc.), über Mindestabstände und die Geräteverteilung im Raum, über Eignung und Zulässigkeit des jeweiligen Aufstellungsortes und dessen Vereinbarkeit mit der SpielV, Neuregelungen über Art und Anzahl sonstiger Spiele sowie die Festsetzung einer Höchstzahl von Spielgeräten in Spielhallen (derzeit 12) oder Gaststätten (derzeit 3)¹¹⁶.

Abzulehnen ist deshalb die von Dietlein geäußerte Auffassung, wonach es möglich sein soll, »dass die Landesgesetzgebung aus Gründen der Suchtprävention die Aufstellung bestimmter, für besonders gefährlich erachteter Automaten in Spielhallen weiter begrenzt oder sogar insgesamt untersagt«¹¹⁷. Die Entscheidung darüber, ob und welche Automaten mehr oder weniger gefährlich sind, ist im Rahmen des Bauartzulassungsverfahrens nach § 33 e GewO ebenso Sache des Bundes wie die Regelung der Voraussetzungen ihrer Aufstellung nach § 33 c GewO in Verb. mit §§ 1 bis 3 a SpielV. Die Länder sind daher wegen der Sperrwirkung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) schon aus Kompetenzgründen daran gehindert, die Aufstellung von Spielgeräten zu verbieten, für die eine Bauartzulassung erteilt worden ist und die im Übrigen auch den Anforderungen der GewO und der SpielV genügen.

Ferner wird gelegentlich angenommen, dass insbesondere die Fragen des geeigneten und zulässigen Aufstellungsortes sowie der Anzahl der in einer Spielhalle oder Gaststätte aufstellbaren Geldgewinnspielgeräte einen überwiegend lokalen Bezug hätten, weil sie den jeweiligen Raum betreffen, in dem das Spiel stattfände, und daher als »örtlich radiziert« nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers ebenfalls zum eigentlichen Spielhallen-

115 Wo immer derartige Restriktionen eine erdrosselnde oder so stark abschreckende Wirkung entfalten, dass Hersteller, Händler oder Aufsteller von Spielgeräten zur Aufgabe ihres erlaubten Gewerbes gezwungen werden, sind sie von vornherein verfassungswidrig. Sie verstoßen gegen das durch Art. 14 Abs. 1 GG gewährleistete »Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb« Vgl. dazu auch die kritische Stellungnahme des Bund-Länder-Ausschusses »Gewerberecht« zum Beschluss des Fachbeirats vom 12. März 2008, der dessen Vorschlag rundweg ablehnte.

116 Vgl. § 3 SpielV.

117 Dietlein, a.a.O. (Fn. 2), S. 79.

recht im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gehörten, das nunmehr in die Zuständigkeit der Länder falle¹¹⁸. Dem ist jedoch zu widersprechen. Zwar hat die Entscheidung sowohl über die Eignung und Zulässigkeit eines Aufstellungsortes als auch über die Zahl der darin aufzustellenden Geräte einen unverkennbaren Ortsbezug. Dieser ist jedoch nur akzessorischer Natur, weil in beiden Fällen die entsprechende Regelung nicht in erster Linie von der örtlichen Belegenheit oder vom baulichen Zustand bzw. Zuschnitt des jeweiligen Raumes abhängt, sondern von der Beschaffenheit der dafür vorgesehenen Spielgeräte. Oder anders ausgedrückt: Erst wenn ganz allgemein und völlig ortsunabhängig feststeht, welche Arten von Geräten überhaupt gestattet sind und wieviele dieser Geräte höchstens regional oder lokal aufgestellt werden dürfen, können danach die Eignung und Zulässigkeit eines bestimmten Raumes an einem bestimmten Ort beurteilt werden. Damit setzen beide »Grenzmaterien« bundesweit geltende generelle Vorschriften voraus, welche die objektive Regelungsfähigkeit eines Landesgesetzgebers übersteigen und demnach weiterhin Teil desjenigen Gewerberechts bleiben, das zu normieren als »Recht der Wirtschaft« gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG dem Bund in konkurrierender Gesetzgebung vorbehalten ist¹¹⁹.

2. *Umfang und Grenzen der Landeszuständigkeit für orts- und raumbezogene Maßnahmen*

Dennoch eröffnet die Übertragung des »Rechts der Spielhallen« auf die Länder selbst dann, wenn man es rein orts- und raumbezogen versteht und lediglich auf den Tatbestand des § 33 i GewO bezieht, einen weiten regionalen Gestaltungsspielraum für eine Vielzahl von Maßnahmen, die der Suchtbekämpfung und dem Jugendschutz dienen können. Dazu gehört zunächst die Zulassung von Spielhallen überhaupt, wobei allerdings zur Vermeidung von Mißverständnissen bereits hier angemerkt werden muss, dass ein vollständiges Spielhallenverbot wohl kaum mit der Berufs- und Erwerbsfreiheit möglicher Spielhallenbetreiber (Art. 12 Abs. 1 GG) vereinbar wäre. Darüber hinaus kann der Landesgesetzgeber den Spielhallenbegriff selbst ausdifferenzieren

118 So etwa *Dietlein*, a.a.O. (Fn. 2), S. 19.

119 So auch die Stellungnahme des baden-württembergischen Finanzministeriums zum Antrag der SPD-Landtagsfraktion vom 5. Juni 2007 (Landtagsdrucksache 14/1350). Dort heißt es zunächst auf S. 4: »Damit verbleibt in der Kompetenz des Bundes insbesondere die Festlegung von Anforderungen hinsichtlich der Aufstellung von Spielgeräten oder der Zahl der jeweils in einem Betrieb zulässigen Spielgeräte«. Auch über »lokale und regionale Mengengrenzungen von Geldspielgeräten« wird auf S. 5 gesagt: »Die hierzu ergangenen Regelungen in § 3 der Spielverordnung beruhen auf § 33 f Abs. 1 Nr. 1 GewO und unterfallen damit – weiterhin – der Kompetenz des Bundes«.

und für verschiedene Arten oder Kategorien besondere Erlaubnisvoraussetzungen statuieren. In seiner Hand liegt die gesamte bauliche und situative Ausgestaltung von Spielhallen, allerdings stets im Rahmen des vorrangig geltenden Bauplanungsrechts des Bundes. Schließlich obliegt ihm bei Spielhallen die Regelung von Geschäfts- und Sperrzeiten.

Mit dieser beispielhaften Aufzählung möglicher Gegenstände einer künftigen Landesgesetzgebung zum Spielhallenrecht ist freilich noch nicht gesagt, dass und inwieweit solche Regelungen nicht nur formell, sondern auch materiell verfassungsgemäß wären und vor allem nicht gegen Grundrechte von Gewerbetreibenden in diesem Marktsegment des Gewinn- und Unterhaltungsspiels verstoßen würden¹²⁰. Dabei verdienen namentlich zwei praktische Probleme besondere Aufmerksamkeit, deren Regelung zwar unbestreitbar zum »Recht der Spielhallen« im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gehört und damit in die Landeskompetenz fällt, deren Lösung aber – wie noch näher darzulegen – zugleich gravierende Grundrechtsfragen aufwirft. Es handelt sich dabei zum einen um den Ruf nach verstärkten Spielerkontrollen und zum anderen um das Verlangen nach einem Verbot oder zumindest nach wirksamer Eindämmung von sog. Mehrfachkonzessionen. Beide Forderungen stützen sich letztlich auf die immer wieder geäußerte Behauptung, dass inzwischen zunehmend großflächige Spielhallenkomplexe entstanden seien, die den Spielbanken zumindest in Bezug auf das »kleine Automatenenspiel« immer mehr gleichen und deshalb auch denselben Regeln und Beschränkungen unterworfen werden müssten¹²¹.

Bei den Spielerkontrollen geht es nicht nur um eine Überwachung des Zugangs zu Spielhallen und/oder Gaststätten, in denen Geldspielgeräte aufgestellt sind, sondern auch um eine wirksame Zugangsbeschränkung für Jugendliche unter 18 Jahren sowie um temporäre oder permante Sperren von Personen mit Anzeichen für problematisches oder pathologisches Spielverhalten. Die Palette der dazu diskutierten Vorschläge reicht von einer bloßen Sichtkontrolle des Personalausweises über dessen Ablichtung, eine Namens- und Uhrzeitdokumentation für Zu- und Abgang, die digitale Erfassung und Sammlung personenbezogener Daten mit oder ohne Vernetzung bis hin zu Vorkehrungen, die – entsprechend der Regelung bei den Zigarettenautomaten – dafür sorgen, dass nur noch nach Freischaltung der entsprechenden EC- oder Kreditkarte gespielt werden darf. Abgesehen von der funktionellen Fragwürdigkeit einzelner dieser Maßnahmen und ihrer möglicherweise zwar nicht

120 Vgl. dazu unten Teil B, II (S. 63 ff.).

121 Vgl. oben S. 55 (Fn. 110).

intendierten, aber geradezu kontraproduktiven Wirkungen¹²² liegen die damit verbundenen Datenschutzprobleme auf der Hand¹²³.

Gleichfalls vom Spielhallenrecht im Sinne des § 33 i GewO miterfasst (und daher zur Kompetenz des Landesgesetzgebers gehörig) ist die Praxis der Mehrfachkonzessionen mit dem Ziel der Kumulation von Spielhallen an einem Ort, ja sogar in ein- und demselben Gebäude oder in unmittelbarer Nachbarschaft. Obwohl diese Art der faktischen Vergrößerung von Spielhallen in einem gewissen »Spannungsverhältnis« nicht nur zu § 33 i GewO, sondern auch zu den in § 3 Abs. 2 SpielV vorgeschriebenen raum- und zahlenmäßigen Beschränkungen für die Aufstellung von Spielgeräten steht, ist sie bisher gesetzlich weder verboten noch ausgeschlossen. In dieser Frage hilft die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts weiter, die Bedingungen angibt, unter denen (noch) von einer einheitlichen Spielhalle ausgegangen werden kann, für die nur eine Erlaubnis benötigt wird, oder bereits mehrere getrennte Spielhallen existieren, die jeweils gesonderte Erlaubnisse erfordern (z.B. bauliche Geschlossenheit oder Zersplitterung, Zahl der Eingänge, Gestaltung der Außenfront, einheitliche Aufsicht, gemeinsamer Toilettenzugang etc.)¹²⁴. Zweifellos sollte sich der Landesgesetzgeber bei der Regelung des Spielhallenrechts diese Kriterien zu eigen machen und gegebenenfalls näher präzisieren¹²⁵. Eine durchgreifende Lösung des Problems der »Mehrfachkon-

122 Näheres unten S. 66 f.

123 Vgl. dazu im Einzelnen *Michael Ronellenfitsch/Bastian Denfeld*, Die Vereinbarkeit von Zugangskontrollen für gewerbliche Spielstätten mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, Hamburg 2009.

124 Vgl. BVerwG Buchholz 451.20 § 33 i GewO Nr.9 (unter Hinweis auf BVerwGE 70, 180 [184] = GewArch 1989, 264) sowie BVerwG GewArch 1990, 326, sowie GewArch 1996, 279 f.

125 Etwa im Sinne der »Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zu den §§ 33 c, 33 d, 33 i und 60 a Abs. 2 und 3 Gewerbeordnung (SpielVwV)«, die von den meisten Ländern bei der Erteilung von Spielhallenerlaubnissen nach § 33 i GewO zugrunde gelegt wird. Vgl. z.B. den Runderlass des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie des Landes Brandenburg vom 17.2.1992 (Abl. S. 270) i.d.F. vom 25.1.1996 (Abl. S. 193), abgedr. bei *Landmann/Rohmer*, Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Bd. II, 1997, Nr. 226. Dort heißt es unter 3.1 (S.12): »Benachbarte Spielhallen sind dann gesondert erlaubnisfähig, wenn jede dieser Spielhallen eine eigene Betriebsstätteneigenschaft besitzt. Die Sonderung von benachbarten Betriebsstätten muss bei natürlicher Betrachtungsweise optisch in Erscheinung treten. Die einzelnen Spielhallen müssen baulich und optisch deutlich voneinander abgegrenzt sein, insbesondere kommt der baulichen Geschlossenheit der einzelnen Spielhalle und ihrer Eingangssituation nach der Rechtsprechung für die Frage der gesonderten Erlaubnisfähigkeit indizielle Bedeutung zu. Daher werden für Annahme der gesonderten Erlaubnisfähigkeit bis zur Decke reichende und undurchsichtige Trennwände erforderlich sein; Türen zwischen den einzelnen Spielhallen schließen dann die gesonderte Erlaubnisfähigkeit aus, wenn sie auch vom Publikum benutzt werden können. Die Eingänge zu den einzelnen Spielhallen müssen sich ebenfalls optisch und baulich deutlich voneinander absetzen und mit Türen versehen sein. Außerdem darf die Betriebsfähigkeit jeder Spielhalle nicht durch die Schließung der anderen Spielhallen beeinträchtigt werden können; das wäre zum Beispiel der Fall, wenn eine Spielhalle nur durch die andere betreten werden könnte«.

zessionen« für großflächige Spielhallenkomplexe ist ihm – abgesehen von der Verhinderung kasinoartiger Automatenäle – jedoch letztlich gar nicht möglich, weil sie nur im Rahmen des Baurechts, genauer: durch eine die Zulässigkeit solcher »Großspielhallen« ausschließende Bauleitplanung gemäß § 1 Abs. 9 BauNVO erreicht werden kann, zu der die jeweilige Gemeinde ihr Einvernehmen zu erteilen hätte, aber auch verweigern könnte¹²⁶.

3. Umfang und Grenzen der Landeszuständigkeit für personenbezogene Maßnahmen

Die neue Gesetzgebungskompetenz für das »Recht der Spielhallen« im Sinne von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ermöglicht den Ländern nicht nur die Regelung aller mit Spielhallen zusammenhängenden orts- und raumbezogenen Materien, sondern auch die Schaffung eigener Rechtsgrundlagen für personenbezogene Maßnahmen, die sich in erster Linie an den Betreiber oder Inhaber einer Spielhalle wenden. Dazu gehören etwa zusätzliche, auf den Spielbetrieb zugeschnittene Vorgaben für die allgemeine gewerberechtliche Zuverlässigkeitsprüfung des Betreibers (vgl. § 33 i Abs. 2 Nr. 1 in Verb. mit § 33 c Abs. 2 GewO), das Erfordernis bestimmter Qualifikationsvoraussetzungen (z.B. aus Schulungskursen oder Ausbildungsgängen) sowohl beim Betreiber selbst als auch für das von ihm angestellte Bedienungs- und Aufsichtspersonal, sowie nicht zuletzt praktische Erfahrungen auf dem Gebiet der Betriebsleitung und Personalführung.

Außerdem können dem jeweiligen Spielhalleninhaber oder -betreiber durch Landesgesetz weitere Pflichten zur Betriebsführung auferlegt und mit Sanktionen verknüpft werden, die über seine Obliegenheiten aus § 3 a SpielV hinausgehen. Dies betrifft beispielsweise die Pflicht zur Zurückweisung oder Entfernung von minderjährigen Spielern aus den Spielräumen gemäß § 6 Abs. 1 Jugendschutzgesetz, die Anbringung von gut sichtbaren Warnhinweisen in den Spielhalle und/oder an den Spielgeräten, die Auslage entsprechenden Informationsmaterials über die Risiken übermäßigen Spielens und nicht zuletzt die Aufklärung über Gewinnwahrscheinlichkeiten bei den einzelnen Spielgeräten. Für Zuwiderhandlungen gegen solche Anforderungen an den ordnungsgemäßen Betrieb einer Spielhalle kann das betreffende Spielhallengesetz eines Landes die Verhängung von Bußgeldern vorsehen, noch bevor es im äußersten Fall zu einem Entzug der Spielhallenerlaubnis kommt. In-

¹²⁶ So BVerwG Buchholz 406.12 § 1 BauNVO Nr. 15 und Nr. 53. Danach kann der Ausschluss von Spielhallen sogar der einzige Grund für die Aufstellung oder Änderung eines Bebauungsplans sein.

samt hindert also die »lokale Radizierung« des Spielhallenrechts, der es seine Übertragung in die ausschließliche Landeszuständigkeit verdankt, die Länder mitnichten daran, die zum Schutz von Spielern und Allgemeinheit gegen die Gefahren der Spielsucht erlassenen bundesrechtlichen Vorschriften in den §§ 33 c bis g GewO sowie in der SpielV wirksam zu ergänzen, ja sogar noch zu verschärfen, auch ohne dass es – wie gelegentlich gefordert – einer wortgetreuen Übernahme oder zumindest sinngemäßen Adaptation der entsprechenden Regelungen im Glücksspielstaatsvertrag bedarf.

Zwischenergebnis 5:

Der Ruf nach stärkerer Bekämpfung der Spielsucht hat inzwischen auch die gewerblichen Spielhallen und Gaststätten erreicht, in denen Geldgewinnspiele an Spielgeräten angeboten werden. Zu diesem Zweck werden z.B. zusätzliche gerätebezogene Maßnahmen vorgeschlagen. Nach Abschichtung des Geräte- und Aufstellungsrechts (§§ 33 c bis g GewO), für das weiterhin der Bund zuständig bleibt, fallen in die Gesetzgebungskompetenz der Länder für das »Recht der Spielhallen« nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nur die »örtlich radizierten« Regelungen lokaler und personaler Art. In ihrer Hand liegt die gesamte bauliche und situative Ausgestaltung der Spielhallen unter Einschluss der Öffnungs- und Sperrzeiten, wobei die Sonderproblematik der sog. Mehrfachkonzessionen für Spielhallenkomplexe inzwischen durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zufriedenstellend geklärt ist. Die Länder sind außerdem befugt, Spielerkontrollen einzuführen, soweit sie mit den Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit des Spielhalleninhabers) und Art. 2 Abs. 1 in Verb. mit Art. 1 Abs. 1 GG (informationelle Selbstbestimmung) vereinbar sind. Schließlich ist es ihnen gestattet, auch personenbezogene Maßnahmen zu ergreifen, mit denen dem jeweiligen Betreiber oder Inhaber einer Spielhalle oder Gaststätte besondere Überwachungs-, Informations- und Aufklärungspflichten auferlegt und Zuwiderhandlungen mit Sanktionen belegt werden können.

II. Grundrechtsschranken aus Art. 12 Abs. 1 GG (am Beispiel von Zugangskontrollen)

Wie alle Gewerbetreibenden genießen auch die Inhaber von Spielhallen oder Gaststätten, in denen Geldgewinnspielgeräte aufgestellt sind, den Schutz der

Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass es sich dabei um einen »unerwünschten« oder gar »sozialschädlichen« Beruf handele. Denn erstens garantiert das Grundrecht der Berufsfreiheit die freie Wahl und Ausübung jeder auf Dauer angelegten Erwerbstätigkeit, solange sie nicht ausdrücklich verboten wird und privaten Unternehmen zugänglich ist. Zweitens erwirbt man mit der Spielhallenerlaubnis nach § 33 i GewO sogar das Recht zum Betrieb einer Spielhalle¹²⁷. Mit ähnlicher Begründung hat das Bundesverfassungsgericht auch einem Spielbankunternehmer den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG zugebilligt¹²⁸. Für Betreiber einer Spielhalle sowie für Wirte von Gaststätten mit Spielgeräten kann nichts anderes gelten. Umstritten ist allerdings, ob und welche Eingriffe in dieses Grundrecht statthaft sind und unter welchen Voraussetzungen es durch bestimmte gesetzliche Berufsausübungsregelungen nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG beschränkt werden darf.

Dieser Frage soll abschließend am Beispiel der vielfach geforderten Zugangskontrollen zu Spielhallen noch kurz nachgegangen werden. Dabei sind zunächst allgemeine Maßstäbe zur Beurteilung von Eingriffen in die Berufsfreiheit zu entwickeln (1). Danach ist zu prüfen, welche Zugangsregelungen überhaupt geeignet sind, um Spielsucht wirksam bekämpfen und die Jugend vom Geldgewinnspiel fernhalten zu können (2). Im Zentrum der weiteren Erwägungen steht sodann die Frage nach der Erforderlichkeit solcher Maßnahmen, und zwar namentlich vor dem Hintergrund des Gefährdungspotentials von Geldgewinnspielen an Spielhallengeräten im Vergleich mit dem sog. Kleinen Automaten Spiel in Spielbanken (3). Schließlich wird die Verhältnismäßigkeit derartiger Zugangskontrollen im engeren Sinne (Zumutbarkeit) daraufhin untersucht, ob diese erheblichen Eingriffe in den Spielhallenbetrieb mit abschreckender Wirkung für Kunden und massiven Belastungen für deren Inhaber im Hinblick auf den damit verfolgten Zweck noch gerechtfertigt sind, wenn man zugleich berücksichtigt, dass – anders als bei Spielbanken – im Spielhallenbereich bereits eine Vielzahl von Beschränkungen existiert, mit deren Hilfe ein ausreichender Schutz vor den Gefahren des Geldgewinnspiels (Spielsucht, Jugendverwahrlosung) gewährleistet werden soll (4).

1. Zugangskontrollen als Berufsausübungsregelung (Art. 12 Abs. 1 Satz 2)

Nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG kann die Berufsausübung der Eigentümer oder Inhaber von Spielhallen und Gaststätten als Betreiber eines freien, erlaubten

127 Ähnlich *Dietlein*, a.a.O. (Fn. 2), S. 78 (m.w.Nachw.).

128 BVerfGE 102, 197 (Leitsatz 1 und S. 212 f.).

Gewerbes durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Wenn der Zugang zu den Geschäftsräumen eines solchen Gewerbetreibenden beschränkt oder dieser zumindest zu einer Überprüfung seiner Kunden verpflichtet werden soll, handelt es sich um eine derartige Berufsausübungsregelung, die nicht nur als bloße Lästigkeit oder selbstverständliche Implikation der gewerblichen Tätigkeit zu betrachten ist, sondern als hoheitlicher Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG, der zwar auch durch Landesgesetz erfolgen kann, jedoch einer besonderen Rechtfertigung bedarf¹²⁹.

Denn der Gesetzgeber darf die freie Berufsausübung nur im Interesse des Gemeinwohls und nur zur Wahrnehmung solcher Sachaufgaben beschränken, die ein Tätigwerden des Staates überhaupt erfordern und der Wertordnung des Grundgesetzes nicht widersprechen. Er muss den Eingriff in das Grundrecht mit sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls begründen können und darf seine Rechtsetzungsmacht nicht zu sachfremden Zwecken mißbrauchen. Das vom Gesetzgeber eingesetzte Mittel muss geeignet und erforderlich sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Schließlich muss bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs einerseits sowie dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe andererseits die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt sein. Je empfindlicher die Berufsausübenden in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigt werden, desto stärker müssen die Interessen des Gemeinwohls sein, denen diese Regelung zu dienen bestimmt ist¹³⁰. Mit anderen Worten: Die vom Gesetzgeber vorgesehenen Maßnahmen müssen in einem angemessenen Verhältnis zum erstrebten Ziel stehen; es darf also nicht »mit Kanonen auf Spatzen geschossen« werden.

Nach diesen Maßstäben sind nunmehr die einzelnen Formen und Intensitätsstufen von Zugangskontrollen zu Spielhallen und Gaststätten zu beurteilen. Dabei geht es nicht nur, ja noch nicht einmal in erster Linie um die vielfach geforderte Übertragung des für Spielbanken geltenden Zugangsregimes auf die Spielhallen, das inzwischen auch für das sog. Kleine Spiel an Slotmaschinen (»einarmige Banditen«) gilt¹³¹. Dieses besteht aus einer Identitäts- und Altersprüfung, einer Dokumentation der Zugangsdaten (Name, Geburtstag, Datum des Besuchs, Uhrzeit des Zutritts), der anschließenden Speicherung dieser Daten über einen längeren Zeitraum, der Vernetzung solcher Dateien sowie vor allem aus einem lückenlosen, länderübergreifenden System von

129 Seit BVerfGE 7, 377 (402 ff.) std. Rspr.

130 So BVerfGE 30, 292 (316 f.).

131 Vgl. §§ 8, 20 und 23 GlüStV.

Spielersperrn (Fremd- und Selbstsperrn), das seinerseits die Erhebung, Speicherung und Weitergabe zusätzlicher personenbezogener Daten (Falsch- und Aliasnamen, Geburtsort, Anschriften, Lichtbilder, Grund und Dauer der Sperre, meldende Stelle) verlangt¹³². Schon wesentlich weniger einschneidende Maßnahmen können die Berufsausübung von Spielhallenbetreibern und Gastwirten erheblich beeinträchtigen. Sie reichen von der bloßen Sichtkontrolle anhand eines Lichtbildausweises über die Identitätsfeststellung des Spielers, einer Dokumentation seines Besuchs (mit oder ohne Namen, Datum, Uhrzeit und Dauer) bis hin zur dezentralen Erhebung und Speicherung dieser Daten vor Ort. Da auch sie als Berufsausübungsregelungen zu qualifizieren sind, müssen sie in die nachfolgende Prüfung einbezogen werden.

2. *Geeignetheit von Zugangskontrollen*

Ein Mittel ist bereits dann zur Erreichung eines bestimmten Ziels »geeignet«, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann¹³³. Es genügt also die bloße Möglichkeit der Zweckerreichung. Um von vornherein dem Vorwurf zu begegnen, insoweit die Messlatte für Spielhallen niedriger zu hängen als für Spielbanken, soll im Folgenden von denselben Zielen ausgegangen werden, wie sie in § 1 des Glücksspielstaatsvertrags verankert sind. Er dient dem Zweck

1. das Entstehen von Glücksspielsucht und Wertsucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen,
2. das Glücksspielangebot zu begrenzen und den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken, insbesondere ein Ausweichen auf nicht erlaubte Glücksspiele zu verhindern,
3. den Jugend- und Spielerschutz zu gewährleisten,
4. sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß durchgeführt, die Spieler vor betrügerischen Machenschaften geschützt und die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleitkriminalität abgewehrt werden.

Auch wenn die Frage gestellt werden muss, ob ein zu scharfes Überwachungssystem sogar bei den Spielbanken selbst nicht eher kontraproduktiv ist und namentlich dem Ziel in Nummer 2 entgegenwirkt, weil es in verstärktem Maße das Ausweichen in unkontrollierte Glücksspiele (z.B. im Internet)

132 Statt ähnlicher Regelungen in allen Ländern vgl. z. B. §§ 5 und 6 des »Gesetzes über die Zulassung öffentlicher Spielbanken im Land Nordrhein-Westfalen (Spielbankengesetz NRW – SpielbG NRW« vom 14.11.2007 (GVBl. S. 450).

133 BVerfGE 96, 10 (23).

begünstigt, kann letztlich die Eignung aller oben beschriebenen Formen von Zugangskontrollen zumindest zur Förderung jener Ziele nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden.

3. *Erforderlichkeit von Zugangskontrollen*

Zur Zielerreichung »erforderlich« ist ein Mittel, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, zwar gleichwirksames, aber das Grundrecht nicht oder doch weniger spürbar beschränkendes Mittel hätte wählen können¹³⁴. Zu prüfen ist also, ob die Gesamtheit der bereits existierenden bundesrechtlichen Vorgaben für Geldgewinnspiele mit Spielgeräten in Spielhallen und Gaststätten nach §§ 33 c bis g GewO in Verbindung mit der Spielverordnung, die denselben Zielen dienen sollen wie die Zugangs- und Sperrvorschriften für die Spielbanken, nicht ausreicht, um bei der Suchtbekämpfung so wie beim Spieler- und Jugendschutz die gleichen Erfolge zu erzielen, wie sie vom Glücksspielstaatsvertrag erhofft werden. Dabei sind zunächst – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – die verschiedenen Schutzsysteme einander gegenüberzustellen und abstrakt miteinander zu vergleichen (a), sodann konkret mit deren unterschiedlichen Gefährdungspotentialen in Beziehung zu setzen (b) und schließlich – gleichsam als Gegenprobe und Ergebnistest – ihre tatsächlichen Auswirkungen auf das Spielverhalten in der Bevölkerung zu analysieren und zu bewerten (c).

a) *Maßnahmen zum Spieler- und Jugendschutz*

Zwischen dem Spiel an gewerblich betriebenen Geldgewinnspielgeräten (GGSG) in Spielhallen oder Gastwirtschaften (§ 33 i GewO) einerseits und an sog. Slotmachines in Spielbanken (sog. Kleines Spiel) andererseits bestehen im Hinblick auf wirksame Vorkehrungen zum Spieler- und Jugendschutz sowie zur Bekämpfung der Spielsucht bereits nach geltendem Recht erhebliche Unterschiede, die nicht zuletzt für die Beantwortung der Frage maßgeblich sind, ob zu diesem Zweck weitere Beschränkungen des gewerblichen Spiels, insbesondere verschärfte Zugangskontrollen zu Spielhallen, erforderlich werden.

Geldgewinnspielgeräte bedürfen zu ihrer Freigabe für den Spielbetrieb einer äußerst streng und restriktiv gehandhabten Bauartzulassung durch die Physikalisch-Technische Bundesanstalt (PTB) in Berlin, die zu versagen ist, wenn

134 BVerfGE 80, 1 (30); 117, 163 (189).

die Gefahr besteht, dass der Spieler unangemessen hohe Verluste in kurzer Zeit erleidet (§ 33 e GewO in Verb. mit §§ 11 bis 17 SpielV). Vorgeschrieben sind daher pro Spiel eine Laufzeit von mindestens 5 Sekunden, ein Höchsteinsatz von 0,20 € und ein Höchstgewinn von 2,- € (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 SpielV). Der maximale Gewinn pro Stunde darf – abzüglich der Einsätze – den Betrag von 500,- € nicht überschreiten (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 SpielV). Verlieren kann ein Spieler pro Stunde höchstens 80,- € (§ 13 Abs. 1 Nr. 3 SpielV); der maximale Durchschnittsstundenverlust ist auf 33,- € begrenzt (§ 12 Abs. 2 a SpielV), der sich real aber erfahrungsgemäß nur auf rd. 15,- € beläuft. Auch die Aufstellung der Geldgewinnspielgeräte ist stark reglementiert: In Spielhallen dürfen höchstens 12 Geräte (bei rechnerisch 12 qm Grundfläche pro Gerät) in Zweiergruppen mit Sichtblende aufgestellt werden (§ 3 Abs. 2 SpielV), in Gaststätten lediglich bis zu 3 Geräte mit zusätzlichen Sicherungsmaßnahmen zum Jugendschutz (§ 3 Abs. 1 SpielV). In Spielhallen ist – anders als in Spielbanken – jeglicher Akoholausschank verboten, womit ein hochgradig wirksamer »Enthemmungsfaktor« entfällt.

Demgegenüber erweist sich bei den Spielbanken das durch den Glücksspielstaatsvertrag und die entsprechenden Landesgesetze vorgeschriebene EDV-gestützte, lückenlose Spielerüberwachungs- und Sperrungssystem mit seinen intensiven Zugangskontrollen praktisch als einziges wirksames Instrument zur Erreichung der oben genannten Ziele: des Spieler- und Jugendschutzes sowie der Bekämpfung von Spielsucht. Für die sog. Slotmachines, die ausschließlich in den Automatenälen der Spielbanken betrieben werden dürfen, ist weder eine Gerätezulassung vorgeschrieben, noch existieren sonstige Bauart- oder Betriebsvorgaben. Auch die Anzahl der in den Automatenälen der Spielbanken aufstellbaren Geräte ist nicht beschränkt; im Durchschnitt sind es 100, im Einzelfall sogar bis zu 300 Slotmachines. Ebenso wenig wird die Grundfläche begrenzt; faktisch entfallen auf jedes Gerät nur 2,5 bis 3 qm. Vor allem aber sind in kürzester Zeit erhebliche Vermögensverschiebungen möglich: Weil die Laufzeit pro Spiel nicht geregelt ist (durchschnittlich nur 3 Sekunden), sind bei – nach oben offenen – Einsätzen von 0,05 bis 50,0 € pro Spiel innerhalb von Sekunden Gewinne bis zu 50.000,- €, bei einem Jackpot-Treffer sogar bis zu 500.000,- € (und darüber) möglich. Andererseits ist auch der maximale Stundenverlust nicht begrenzt. Er kann zur Zeit bis zu 50.000,- € betragen und beläuft sich im Durchschnitt erfahrungsgemäß auf ca. 300,- €.

Diese Gegenüberstellung zeigt, dass beide Schutz- und Gefahrenabwehrsysteme zwar dieselben Ziele verfolgen, aber mit völlig unterschiedlichen Methoden und Instrumenten arbeiten: Das Konzept für Spielhallen und Gaststätten sieht zwar keine besonderen Hindernisse für den Zugang zu den Spiel-

stätten vor, basiert aber auf rechtlichen Vorgaben für Bauart und Aufstellung der Geräte, welche die Attraktivität des Geldgewinnspiels durch eine massive Begrenzung sowohl der Gewinnchancen als auch der Verlustrisiken erheblich mindern. Demgegenüber setzt das Spielbankmodell allein auf Kundenabwehr und Spielersperren, ohne den eigentlichen Spielanreiz zu mindern. Wer es geschafft hat, die Zugangshürden zu den Spielbanken zu überwinden, ist danach seinem Spieltrieb ziemlich schutzlos ausgesetzt, zumal dort der Ausschank alkoholischer Getränke erlaubt ist.

b) *Gefährdungspotential des Geldgewinnspiels in Spielhallen und Spielbanken*

Deshalb wird man im Hinblick auf das Sucht- und Gefährdungspotential durchaus die Frage stellen können, ob das rechtlich streng regulierte Schutzkonzept für Spielhallen und Gaststätten nicht im Ergebnis sogar wirksamer ist als das Spielerkontroll- und Sperrsystem für Spielbanken, so dass ersteres eher auf letzteres übertragen werden müsste als umgekehrt. Einer solchen Betrachtungsweise steht jedoch immer noch die landläufige Vorstellung entgegen, dass problematisches oder pathologisches Spielverhalten bei regelmäßigen Besuchern von Spielhallen sehr viel häufiger anzutreffen sei als bei Kunden von Spielbanken, woraus zugleich auch auf ein höheres Gefährdungspotential der Spielhallen geschlossen wird¹³⁵. Dieser Ansicht scheint auch das Bundesverfassungsgericht zuzuneigen, wenn es im »Sportwetten-Urteil« erklärt: »Bei weitem die meisten Spieler mit problematischem oder pathologischem Spielverhalten spielen nach derzeitigem Erkenntnisstand an Automaten, die nach der Gewerbeordnung betrieben werden dürfen«¹³⁶.

Zweifel an der Richtigkeit dieser These rufen jedoch Meyer und Hayer selbst hervor, wenn sie unter Hinweis auf Bühringer u.a.¹³⁷ – hochgerechnet auf die Gesamtbevölkerung – etwa gleich hohe Prävalenzwerte des pathologischen Spielverhaltens bei Geldspielautomaten (31.300 Personen = 0,06 %) und bei Glücksspielen in Spielbanken (25.800 Personen = 0,05 %) angeben. Dem entspricht auch der jüngste Ergebnisbericht der Bundeszentrale für gesundheit-

135 Nach der jüngsten Studie von *Gerhard Meyer* und *Tobias Hayer* (Universität Bremen) über »Handlungsbedarf für das gewerbliche Automatenspiel«, vorgetragen auf dem 2. Werkstattgespräch der Drogenbeauftragten der Bundesregierung am 13.3.2008 in Berlin, seien bei Geldspielautomaten 79 % der Spieler »problembehaftet«, bei Glücksspielautomaten in Spielbanken jedoch nur 32 %.

136 BVerfGE 115, 276 (305) unter Hinweis auf *Hayer/Meyer*, Die Prävention problematischen Spielverhaltens, *Journal for Public Health* 2004, S. 293 (296).

137 Gemeint ist der Beitrag von *Gerhard Bühringer*, *Ludwig Kraus*, *Dilek Sonntag*, *Tim Pfeffer-Gerschel* und *Susanne Steiner* über »Pathologisches Glücksspiel in Deutschland: Spiel- und Bevölkerungsrisiken« in: *Sucht* 53 (2007), S. 296-308 (302).

liche Aufklärung vom Juli 2008 über »Glücksspielverhalten und problematisches Glücksspielen in Deutschland 2007«. Darin wird aufgrund einer Repräsentativbefragung von ca. 5.400 Personen, die in den vergangenen 12 Monaten gespielt haben, ein problematisches bzw. pathologisches Spielverhalten in Spielbanken bei 23,4 % der Spieler und an Geldspielautomaten bei 31,9 % der Spieler festgestellt¹³⁸.

c) *Auswirkungen auf das Spielverhalten der Bevölkerung*

Diese Unterschiede werden allerdings dadurch relativiert, dass unter dem Aspekt der in beiden Bereichen riskierten Geldeinsätze die Sozialschädlichkeit des Glücksspiels in Spielbanken für weitaus größer erachtet werden muss als die des gewerblichen Geldgewinnspiels, das vor allem in Gaststätten überwiegend nur Unterhaltungszwecken dient. Von den im Jahre 2005 auf dem Glücks- und Gewinnspielsektor getätigten Gesamteinsätzen in Höhe von ca. 27 Mrd. € entfallen auf die Spielbanken etwa 10,5 Mrd. € (= 39 %, wovon etwa 7,5 Mrd. [= 75 %] in Slotmachines gesteckt wurden) und auf gewerbliche Gewinnspielgeräte in Spielhallen und Gaststätten nur 6,5 Mrd. € (= 21,5 %). Auch der durchschnittliche Bruttospielertrag (Kasseninhalt) ist bei den aktuell ca. 8500 Slotmachines mit ca. 90.000,- bis 100.000,- € pro Gerät und Jahr wesentlich höher als bei den etwa 220 000 in ca. 8000 Spielhallen und 60.000 bis 70.000 Gaststätten aufgestellten Geldgewinnspielgeräten mit ca. 1.500,- € pro Gerät und Jahr in Spielhallen sowie mit ca. 500,- € pro Gerät und Jahr in Gaststätten¹³⁹. Signifikante Auswirkungen der oben beschriebenen unterschiedlichen Schutzkonzepte für Spielhallen und Gaststätten einer- und für Spielbanken andererseits auf das Spielverhalten der Bevölkerung sind daraus nicht abzulesen, auch wenn es »für den Aufwand eines jeden Spielers einen Unterschied« bedeutet, »ob er an einem Spielgerät mit Verlustbegrenzung nach der Gewerbeordnung spielt oder an einem solchen in einer Spielbank ohne jegliche Verlustgrenze«¹⁴⁰.

Im Ergebnis wird man also annehmen können, dass das gewerbliche Geldgewinnspiel in Spielhallen und Gaststätten keineswegs höhere Risiken birgt oder größere Suchtgefahren hervorruft, gegen die Spieler und Allgemeinheit mit Hilfe zusätzlicher Maßnahmen geschützt werden müssten, als das Kleine

138 Der Ergebnisbericht ist bei der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung im Internet (URL www.bzga.de/studien) unter »Aktuelle Studien« abrufbar. Vgl. S. 24 ff. sowie Tabelle 11.

139 Vgl. *Manuela Nitschke* (Bearb.), *Spielbanken in Deutschland*, Berlin 2007, S.23 sowie Übersicht 9.

140 So BVerwG NVwZ 2008, 89 (90).

Spiel mit Slotmachines in den Spielbanken, die übrigens seit einiger Zeit begonnen haben, Dependancen mit Automaten Sälen zu errichten, in denen ausschließlich Slotmachines aufgestellt sind. Die bestehenden Rechtsvorschriften gegen übermäßiges oder krankhaftes Spielen, wie sie in §§ 33 c bis g GewO sowie in der Spielverordnung verankert sind, reichen völlig aus, um diesen Gefährdungen zu begegnen. Im Verhältnis zu jenem EDV-gestützten Zugangskontroll- und Sperrsystem bei Spielbanken stellen sie für das gewerbliche Geldgewinnspiel in Spielhallen und Gaststätten gleichwertige und gleichwirksame (funktionsäquivalente) Vorkehrungen dar, die für deren Inhaber oder Betreiber weniger belastend und einschneidend sind als eine umfassende und lückenlose bundesweite Spielerüberwachung. Damit entfällt letztlich auch die Erforderlichkeit von Zugangskontrollen zu Spielhallen, die mit aufwendigen, unzumutbaren Datenerhebungen und Dokumentationspflichten verbunden sind. Ob weniger gravierende Maßnahmen zur Identifizierung von Spielern etwa im Interesse des Jugendschutzes notwendig sein könnten, wird im Folgenden abschließend zu prüfen sein.

4. Zumutbarkeit von Zugangskontrollen (*Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn*)

Für die Vereinbarkeit einer Berufsausübungsregelung mit der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) reicht die Feststellung nicht aus, dass der Eingriff in dieses Grundrecht zur Erreichung eines bestimmten Gemeinwohlziels geeignet und erforderlich ist. Vielmehr bedarf es noch einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere dieses Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe, bei der die Grenzen der Zumutbarkeit gewahrt sein müssen. Obwohl den obigen Ausführungen zufolge eine Übernahme des EDV-gestützten Systems der Zugangskontrollen und Spielersperrungen aus dem Spielbankenbereich in das Recht der Spielhallen und Gaststätten schon nicht erforderlich ist und sich daher insoweit auch eine solche Gesamtabwägung erübrigt, könnten durchaus Zugangsregelungen unterhalb dieser Schwelle zum Schutz von Spielern und Allgemeinheit für notwendig gehalten werden, die mit weniger Aufwand und Belastungen verbunden sind. Es geht dabei um Sichtkontrollen, Dokumentationspflichten des Betreibers einer Spielhalle sowie die dezentrale Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten.

Berücksichtigt man, dass es sich bei der Bekämpfung der Spiel- und Wertsucht um ein »besonders wichtiges Gemeinwohlziel« handelt¹⁴¹, könnte auf

141 So BVerfGE 115, 276 (304).

den ersten Blick eine Gesamtabwägung zwischen diesem Regelungszweck und weniger einschneidenden Formen einer Zugangskontrolle zu dem Ergebnis führen, dass für einen Spielhallenbetreiber (anders als für Gastwirte) die Dokumentation von Spielerbesuchen (Name, Datum, Uhrzeit) und/oder sogar die elektronische Sicherung und Aufbewahrung solcher Angaben noch als zumutbar betrachtet werden. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Betreiber einer Spielhalle während der Öffnungszeiten entweder persönlich in dieser anwesend ist oder zumindest eine oder mehrere Aufsichtspersonen zugegen sind. Demgemäß verlangt auch § 3 Abs. 1 Satz 2 SpielV bei der Aufstellung bereits von zwei Geräten eine ständige Aufsicht. Daran anknüpfend sieht die Verwaltungsvorschrift zur Durchführung des gewerblichen Spielrechts vor, dass die Spielhallenerlaubnis nach § 33 i GewO mit der Auflage verbunden werden kann, dass der Erlaubnisinhaber oder die Personen, die zur Leitung des Betriebes oder eines Teiles hiervon oder zur Beaufsichtigung bestellt sind (§ 9 Abs. 2 OWiG), während des Betriebes ständig anwesend sein müssen¹⁴². Damit kann durchaus eine wirksame Zugangskontrolle gewährleistet werden, die Dokumentationen oder Datenerhebungen überflüssig macht, zumal diese ohnehin nur in Verbindung mit weitergehenden Maßnahmen einer Vernetzung und zentralen Informationsverarbeitung mit Sanktionscharakter sinnvoll und nützlich sein dürften.

Etwas anderes gilt für die bloße Sichtkontrolle. Sie ist dem Betreiber einer Spielhalle ebenso wie einem Gastwirt schon deshalb zumutbar, weil sie das Anwesenheitsverbot für Kinder und Jugendliche in öffentlichen Spielhallen oder ähnlichen vorwiegend dem Spielbetrieb dienenden Räumen nach § 6 Abs. 1 JuSchG zu überwachen und durchzuführen haben. Ansonsten würden sie eine Ordnungswidrigkeit begehen und im Wiederholungsfall wegen Unzuverlässigkeit sogar den Entzug (Widerruf) ihrer Spielhallenerlaubnis riskieren. Daher müssen sie auch in der Lage sein, sich in Zweifelsfällen Gewißheit darüber zu verschaffen, ob ein Spieler bereits das 18. Lebensjahr vollendet hat oder noch minderjährig ist. Dies kann nur dadurch geschehen, dass der Spielhallenbetreiber – als mildeste, ihn am wenigsten belastende Form der Zugangsprüfung – eine Sichtkontrolle vornimmt und bei begründeten Zweifeln befugt ist, vom Spieler die Vorlage eines Lichtbilddokuments zu verlangen, aus dem das Geburtsdatum hervorgeht (Personalausweis, Führerschein etc.), sowie bei Weigerung das Recht hat, die betreffende Person aus der Spielhalle zu entfernen. Eine solche Regelung ist nicht nur geeignet, das Ziel des Jugendschutzes zu fördern, sondern zur Durchsetzung des § 6 Abs. 1 JuSchG erforderlich und wegen ihres eher geringen Gewichts einem Spielhal-

142 Vgl. oben a.a.O. (Fn. 124), Rn. 3.2.2.2., Buchst. b (S. 14).

lenbetreiber auch zumutbar, also insgesamt verhältnismäßig. Sie könnte ohne Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG in das Spielhallengesetz eines Landes aufgenommen werden.

Diesem Abwägungsergebnis liegt noch eine weitere Erwägung zugrunde, die dafür spricht, an das Glücksspiel in Spielbanken schärfere Maßstäbe anzulegen als an das gewerbliche Geldgewinnspiel in privaten Spielhallen und Gaststätten. Denn überall da, wo der Staat ein rechtliches oder faktisches Monopol besitzt, unterliegt er weiterreichenden Schutz- und Fürsorgepflichten oder sonstigen öffentlich-rechtlichen Bindungen als ein Privater, der sich auf ähnlichem Gebiet betätigt. Das gilt zum Beispiel für staatliche Hochschulen, die Zulassungsbeschränkungen einführen und sich dabei anders als Privatuniversitäten einem zentralen Vergabesystem von Studienplätzen unterwerfen müssen. Den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten obliegt die Grundversorgung der Bevölkerung mit kulturellen Angeboten und Informationen, während die Privatsender weitgehend davon befreit sind und sich somit stärker der reinen Unterhaltung widmen können. Privatschulen dürfen Bewerber zurückweisen, öffentliche Schulen nicht. Übertragen auf das Verhältnis von staatlich betriebenen Spielbanken mit einer Monopolstellung für das Glücksspiel einerseits und privaten Spielhallen, die sich auf dem Gebiet des gewerblichen Geldgewinnspiels mit Automaten in einer ausdrücklich erlaubten Wettbewerbssituation befinden, andererseits bedeutet dies, dass unter solchen Umständen die Hauptlast der Verantwortung für die Bekämpfung der Spielsucht nicht bei den Privatunternehmen, sondern eindeutig beim Staat liegt und er zuvörderst mit gutem Beispiel vorangehen muß, wenn es gilt, sowohl die Spieler als auch die Allgemeinheit vor den Gefahren des menschlichen Spieltriebs zu schützen.

Zwischenergebnis 6:

Wie alle Gewerbetreibenden genießen auch die Inhaber von Spielhallen oder Gaststätten, in denen Geldgewinnspielgeräte aufgestellt sind, den Schutz der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG). Umstritten ist allerdings, ob und welche Eingriffe in dieses Grundrecht statthaft sind und unter welchen Voraussetzungen es durch bestimmte gesetzliche Berufsausübungsregelungen nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG beschränkt werden darf. Wird der Zugang zu den Geschäftsräumen eines solchen Gewerbetreibenden beschränkt, handelt es sich um eine derartige Berufsausübungsregelung. Ihre Verfassungsmäßigkeit hängt davon ab, ob sie durch Gemeinwohlgründe sachlich gerechtfertigt wird sowie zur Erreichung des Gemeinwohlziel geeignet, erforderlich und zumutbar ist. Der Schutz von Spielern und Allgemeinheit vor den Gefahren der Spielsucht stellt

ein hohes Gemeinschaftsgut dar. Zugangskontrollen zu Spielhallen sind grundsätzlich geeignet, jenes Anliegen zu fördern. Zu diesem Zweck nicht notwendig sind jedoch umfassende EDV-gestützte Zugangsüberwachungs- und Sperrsysteme, wie sie bei Spielbanken üblich sind; sie scheiden schon mangels Erforderlichkeit aus. Darüber hinaus sind alle Dokumentations- und Datenerhebungspflichten im engeren Sinne unverhältnismäßig und den Inhabern von Spielhallen oder Gaststätten nicht zuzumuten. Im Interesse des Jugendschutzes können allerdings für Zweifelsfälle Sichtkontrollen anhand eines Lichtbilddokuments verlangt werden; sie sind nicht nur zulässig, sondern sogar geboten.

Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Aus der Entstehungsgeschichte des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 n.F. GG ergibt sich, dass mit dem Begriff »Recht der Spielhallen« lediglich auf § 33 i GewO Bezug genommen werden sollte.
2. Der Bund war nur bereit, aus dem Bereich des »Rechts der Wirtschaft« den Ländern die alleinige Gesetzgebungsbefugnis für solche Einzelregelungen zu überlassen, die vollständig und ausschließlich »lokal radiziert« sind, d.h. neben ihrem Ortsbezug keine darüber hinausreichenden Wirkungen entfalten.
3. Die weitergehenden Wünsche der Länder fielen diesem Kompromiß ebenso zum Opfer, wie spätere Versuche der FDP-Fraktion im Bundestag, die Übertragung des »Rechts der Spielhallen« auf die Länder wieder rückgängig zu machen.
4. Wer gegenwärtig für ein extensives Verständnis des »Rechts der Spielhallen« etwa in dem Sinne eintritt, dass es auch Materien umfasse, die in den §§ 33 c bis h GewO geregelt sind, verfälscht die Entstehungsgeschichte des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 n.F. GG und versucht, einer Länderposition, die im Prozeß der Verfassungsreform politisch unterlegen war, mit zweifelhaften juristischen Mitteln nachträglich doch noch zum Durchbruch zu verhelfen.
5. Bei der Auslegung des Begriffs »Recht der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG kommt der Entstehungsgeschichte maßgebliches Gewicht zu. Ein über die Anknüpfung an § 33 i GewO hinausgehendes, erweitertes Verständnis würde das Ergebnis seiner Genese praktisch ins Gegenteil verkehren.
6. Auch der mögliche, dem allgemeinen Sprachgebrauch zu entnehmende Sinn des Wortes »Spielhalle« spricht dafür, dass hiermit nicht zugleich das Recht der »Spielgeräte« oder gar das gesamte gewerbliche Geldgewinnspiel gemeint sein kann.
7. Dies führt nicht zu einer unzulässigen »gesetzeskonformen« Verfassungsauslegung, weil der verfassungsändernde Gesetzgeber befugt ist, in die Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 GG Bezeichnungen überkommener Rechtsgebiete aufzunehmen, wenn sich dies aus der Genese jener Kompetenztitel und aus der Staatspraxis ergibt.

8. Das ist beim »Recht der Spielhallen« im Sinne von § 33 i GewO anzunehmen, da es innerhalb der Rechtsordnung nicht nur durch zahlreiche Einzelvorschriften näher ausgeformt worden ist, sondern auch in einer Vielzahl von Gerichtsentscheidungen und Stellungnahmen im Schrifttum seinen Niederschlag gefunden hat.
9. Trotz prozeduraler Verknüpfungen besteht zwischen dem Spielhallenrecht im Sinne von § 33 i GewO und dem Recht der Spielgeräte (einschließlich ihrer Aufstellung) in §§ 33 c bis h GewO kein *notwendiger* normativer Zusammenhang, der es geböte, das »Recht der Spielhallen« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG unter Einbeziehung zumindest von Teilen des Spielgeräterechts weit auszulegen, so dass es das gesamte gewerbliche Geldgewinnspiel umfassen würde.
10. Die Ersetzungskompetenz der Länder in Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG zwingt ebenfalls nicht zu einer solchen Ausweitung, weil beide Materien als eigenständige Rechtsgebiete, jedenfalls aber als abtrennbare Teilbereiche des gewerblichen Geldgewinnspiels nebeneinander existieren und der Erlaubnisvorbehalt in § 33 i GewO zudem fachgesetzlichen Charakter hat.
11. Das sog. Kohärenz- oder Konsequenzgebot verlangt keine einheitlichen, mehr oder weniger identischen Vorkehrungen des Bundes- und/oder Landesgesetzgebers zur Bekämpfung der Spielsucht oder zum Schutz von Spielern und Allgemeinheit vor den Gefahren des Glücksspiels auf all seinen Gebieten, die eine Erweiterung der diesbezüglichen Landeskompetenzen unausweichlich machen würden, sondern nur funktionsäquivalente Maßnahmen, die gleichermaßen geeignet und erforderlich sind, um dasselbe Schutzziel auf einem angemessenen Schutzniveau zu erreichen.
12. Für die Bestimmung von Sinn und Zweck des »Negativkatalogs« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG sind in erster Linie dessen Entstehungsgeschichte und – soweit bereits vorhanden – die dazugehörige Staatspraxis entscheidend.
13. Das auf diese Weise im Wege teleologischer Auslegung ermittelte Regelungsziel bleibt zumindest solange maßgebend, wie es nicht durch eine abweichende Staatspraxis modifiziert oder fortgebildet wird.
14. Mit dem »Recht der Spielhallen« hat der verfassungsändernde Gesetzgeber eine in § 33 i GewO und zahlreichen weiteren Vorschriften des einfachen Rechts bereits normativ ausgeformte Materie vorgefunden, von der anzunehmen ist, dass sie auch den Zuweisungsgehalt des Kompetenztitels prägt.

15. Darüber hinaus stellt der Ausschlusstatbestand in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG eine Ausnahmeregelung dar, die nach allgemeiner Methodenlehre grundsätzlich eng auszulegen ist und eine Analogie nur insoweit erlaubt, als diese vom Regelungsziel der Norm noch gedeckt wird. Das ist bei den »ähnlichen Unternehmen« in § 33 i GewO der Fall, die wie »Spielhallen« fungieren, nicht aber bei Regelungen über Spielgeräte und über die Bedingungen ihrer Aufstellung.
16. Im Hinblick auf den Sinn und Zweck des »Negativkatalogs« in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG folgt ein engeres Verständnis der darin enthaltenen neuen Landeskompetenzen nicht zuletzt aus der Absicht des verfassungsändernden Gesetzgebers, den Ländern lediglich Materien zu überlassen, die ausschließlich lokal oder regional verankert und verwurzelt (»radiziert«) sind und deshalb sowohl von den Ländern allein (ohne Beteiligung des Bundes) als auch zwischen den Ländern unterschiedlich geregelt werden können.
17. Der Ruf nach stärkerer Bekämpfung der Spielsucht hat inzwischen auch die gewerblichen Spielhallen und Gaststätten erreicht, in denen Geldgewinnspiele an Spielgeräten angeboten werden. Zu diesem Zweck werden z.B. zusätzliche gerätebezogene Maßnahmen vorgeschlagen.
18. Nach Abschichtung des Geräte- und Aufstellungsrechts (§§ 33 c bis g GewO), für das weiterhin der Bund zuständig bleibt, fallen in die Gesetzgebungskompetenz der Länder für das »Recht der Spielhallen« nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG nur die »örtlich radizierten« Regelungen lokaler und personaler Art.
19. In der Hand der Länder liegt die gesamte bauliche und situative Ausgestaltung der Spielhallen unter Einschluß der Öffnungs- und Sperrzeiten.
20. Die Länder sind außerdem befugt, Spielerkontrollen einzuführen, soweit sie mit den Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit des Spielhalleninhabers) und Art. 2 Abs. 1 in Verb. mit Art. 1 Abs. 1 GG (informationelle Selbstbestimmung) vereinbar sind.
21. Die Problematik der sog. Mehrfachkonzessionen für Spielhallenkomplexe ist zufriedenstellend durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts geklärt.
22. Es ist den Ländern gestattet, auch personenbezogene Maßnahmen zu ergreifen, mit denen dem jeweiligen Betreiber oder Inhaber einer Spielhalle oder Gaststätte besondere Überwachungs-, Informations- und Aufklärungspflichten auferlegt und Zuwiderhandlungen mit Sanktionen belegt werden können.

23. Wie alle Gewerbetreibenden genießen auch die Inhaber von Spielhallen oder Gaststätten, in denen Geldgewinnspielgeräte aufgestellt sind, den Schutz der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG).
24. Umstritten ist allerdings, ob und welche Eingriffe in dieses Grundrecht statthaft sind und unter welchen Voraussetzungen es durch bestimmte gesetzliche Berufsausübungsregelungen nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG beschränkt werden darf.
25. Wird der Zugang zu den Geschäftsräumen eines solchen Gewerbetreibenden beschränkt, handelt es sich um eine derartige Berufsausübungsregelung. Ihre Verfassungsmäßigkeit hängt davon ab, ob sie durch Gemeinwohlgründe sachlich gerechtfertigt wird sowie zur Erreichung des Gemeinwohlziel geeignet, erforderlich und zumutbar ist.
26. Der Schutz von Spielern und Allgemeinheit vor den Gefahren der Spielsucht stellt ein hohes Gemeinschaftsgut dar.
27. Zugangskontrollen zu Spielhallen sind grundsätzlich geeignet, jenes Anliegen zu fördern.
28. Zu diesem Zweck nicht notwendig sind jedoch umfassende EDV-gestützte Zugangüberwachungs- und Sperrsysteme, wie sie bei Spielbanken üblich sind; sie scheiden schon mangels Erforderlichkeit aus.
29. Darüber hinaus sind alle Dokumentations- und Datenerhebungspflichten im engeren Sinne unverhältnismäßig und den Inhabern von Spielhallen oder Gaststätten nicht zuzumuten.
30. Im Interesse des Jugendschutzes können allerdings für Zweifelsfälle Sichtkontrollen anhand eines Lichtbilddokuments verlangt werden; sie sind nicht nur zulässig, sondern sogar geboten.