

Dezember 2015

10. Jahrg.

71732

Seite 409-496

ZfWVG

Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht
European Journal of Gambling Law

6

Prof. Dr. Gerhard Meyer

409 Simuliertes Glücksspiel – Zeit für eine Regulierung

Prof. Dr. Tilman Becker

410 Warum scheitert die Regulierung des Glücksspielmarktes?

Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M.

419 Lotterieregulierung und ihre Rechtfertigung durch soziokulturelle Präferenzen

Dr. Jonas Krainbring

425 Übertragung von Spielhallen im Lichte der Übergangsregelung des § 29 Abs. 4 S. 2 GlüStV

Dr. Jesko-Aleksander Makswit

430 Verfassungsrechtliche Schranken der Kompetenzwahrnehmung im Glücksspielrecht

Dr. Martin Pagenkopf

435 Kein Ende der glücksspielrechtlichen Judikatur

Dr. Klaus Christian Vögl

442 Rien ne va plus? – Der Rechtsstatus konzessionsloser Glücksspielautomatenbetreiber in Österreich

Martin Reeckmann

450 Die Entwicklung des Spielbankenrechts in Deutschland von 2005 bis 2014

457 Popularklagen gegen einzelne Vorschriften des GlüStV teilweise begründet

VerfGH Bayern, Entsch. v. 25.9.2015 – Vf. 9-VII-13, Vf. 4-VII-14, Vf. 10-VII-14

478 Vergabe von Konzessionen zur Veranstaltung von Sportwetten gestoppt

VGH Hessen, Beschl. v. 16.10.2015 – 8 B 1028/15

**485 Anmerkung von Norbert Krewer
Teilliberalisierung des Sportwettenbereichs gescheitert?**

Sonderbeilage 4/2015:

Prof. Dr. Johannes Dietlein

Das Glücksspielkollegium im ländereinheitlichen Verfahren

Herausgeber

Prof. Dr. Johannes Dietlein

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M.

RA Dr. Manfred Hecker

Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.

Schriftleiter

RiVG Dr. Felix B. Hüsken

Dr. Jonas Krainbring, Freiburg*

Übertragung von Spielhallen im Lichte der Übergangsregelung des § 29 Abs. 4 S. 2 GlüStV

Auch betriebs- oder bloß betreiberbezogen?

A. Einleitung

Der am 1.7.2012 in Kraft getretene Glücksspieländerungsstaatsvertrag bedeutet für die Betreiber einer Spielhalle einen massiven Einschnitt in Ihre Betriebsplanung. Gerade im Hinblick auf den Ablauf der Konzessionen und die somit erforderliche Neukonzession im Jahr 2017 zeigt sich in der Beratungspraxis eine durchaus berechtigte Zukunftsangst vieler Betreiber, da für viele eine Schließung einer oder mehrerer Ihrer Spielhallen aufgrund der neuen Abstandsregelungen (§ 25 GlüStV i. V. m. den landesgesetzlichen Ausformungen hiervon) zumindest sehr wahrscheinlich scheint. Wie hier die Konzessionen vergeben werden sollen und welche Kriterien den Ausschlag zwischen zwei konkurrierenden Spielhallen geben weiß momentan selbst die Verwaltung nicht.

Unabhängig von dieser zukünftigen Problematik stellen sich aber für viele Betreiber bereits heute dringende Fragen bezüglich der Konzessionierung. Hier geht es um die Fälle des Betriebsübergangs von einem Betreiber auf einen anderen. Dies mag aufgrund eines gewöhnlichen Verkaufs der Spielhalle erfolgen, im Wege der Rechtsnachfolge durch einen Erben oder durch die Übernahme der Gesellschaftsanteile, sollte eine juristische Person die Spielhalle betreiben. In jüngster Zeit haben verschiedene – sich teilweise widersprechende – Gerichtsentscheidungen¹ in dieser Frage wenig für Klarheit sorgen können. Insbesondere wird dabei darüber gestritten, ob eine Erlaubnis (auch) betreiberbezogen – dann wäre beim Wechsel des Betreibers stets eine neue Erlaubnis erforderlich – oder ob sie betriebsbezogen ist – dann wäre ein Wechsel des Betreibers unschädlich, solange die Spielhalle in ihrer tatsächlichen Ausgestaltung² weiterbetrieben wird. Dieser Artikel soll den Stand der aktuellen Diskussion aufzeigen und eine Lösung hierzu entwickeln.

I. Die aktuelle Rechtslage

§ 29 Abs. 4 S. 2 GlüStV regelt Folgendes:

„Spielhallen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Staatsvertrags bestehen und für die bis zum 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis nach § 33i Gewerbeordnung erteilt worden ist, deren Geltungsdauer nicht innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten dieses Vertrages endet, gelten bis zum Ablauf von fünf Jahren nach Inkrafttreten dieses Vertrages als mit §§ 24 und 25 vereinbar.“

Die Norm wird nun durch die diversen landesgesetzlichen Regelungen umgesetzt. Diese Regelungen sind jedoch ihrem Wortlaut nach disparat und sicherlich einer der Gründe für die momentan bestehenden Unsicherheiten.³ So heißt es beispielsweise in § 51 Abs. 4 LGlüG Baden-Württemberg: „Für den Betrieb einer bestehenden Spielhalle, für die bis zum 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis nach § 33i der Gewerbeordnung erteilt wurde, ist nach dem 30. Juni 2017 zu-

sätzlich eine Erlaubnis nach § 41 erforderlich“, während § 11 Abs. 1 SpielhG Schleswig-Holstein bestimmt: „Unternehmen nach § 1 Absatz 1, die am 27. April 2012 den Spielbetrieb aufgenommen hatten und erlaubt waren, aber die Voraussetzungen des § 3 Absatz 2 dieses Gesetzes nicht erfüllen, gelten auch weiterhin als erlaubt“, in § 11 Abs. 4 SpielhG aber klarstellt: „Unbeschadet von Absatz 1 tritt eine Erlaubnispflicht nach § 2 bei einem Wechsel der Erlaubnisinhaberin oder des Erlaubnisinhabers ein.“

Die unterschiedliche Formulierung ist grundsätzlich ein Problem, das im Rahmen eines Staatsvertrags akzeptiert werden muss, da es in der Hand der einzelnen Länder liegt, den Vertrag entsprechend umzusetzen. Nicht mehr zu akzeptieren ist eine solche Umsetzung aber dann, wenn über den Wortlaut eine andere Interpretation nahegelegt wird als sie der Staatsvertrag vorgibt, da dies den Rahmen einer bloßen Umsetzung sprengen und die Länder stattdessen in den Gegensatz zum Geregelteten stellen würde.⁴

Es kann somit letztlich nicht auf die einzelnen Normen der Landesregelungen ankommen; vielmehr muss der Blick vor allem auf § 29 Abs. 4 GlüStV ruhen. Dieser soll somit im Folgenden auch Kernpunkt der Untersuchung sein. Hierdurch wird auch verhindert, dass der Blick durch einen ansonsten immer wieder erforderlichen Bezug auf sämtliche landesrechtlichen Übergangsregeln von der eigentlichen Frage – Ist die Übergangsregelung betriebs- oder betreiberbezogen zu verstehen? – abgelenkt wird.

Hier soll einleitend ein nur oberflächlicher Blick auf § 29 Abs. 4 S. 2 GlüStV geworfen werden. Eine genauere Untersuchung erfolgt dann später unter III. Eigener Ansatz.

Zunächst ist zu sehen, dass § 29 Abs. 4 S. 2 GlüStV mit dem 28.10.2011 auf einen Stichtag abstellt, der jedenfalls vom Staatsgerichtshof Baden-Württemberg für landesverfassungswidrig erklärt wurde.⁵ Schließt man sich dieser Ansicht an, so müsste für jedes Bundesland einzeln geprüft werden, ab wann ein Vertrauensschutz nicht mehr gegeben war. Lehnt man sie ab,⁶ ergeben sich keine weiteren Probleme. Für die hier zu behandelnden Fragen spielt dies jedoch keine weitere Rolle.⁷

Nach der gesetzlichen Regelung muss eine Spielhalle zum Stichtag existiert haben und es muss eine Erlaubnis nach

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf Seite III.

1 Z. B. Hess. VGH, 5.9.2014 – 8 B 1036/14, ZfWG 2014, 413; OVG Sachsen-Anhalt, 8.4.2014 – 1 M 21/14, ZfWG 2014, 304; OVG Lüneburg, 8.11.2013 – 7 ME 82/13, ZfWG 2014, 43; weitere Nachweise unter II. Meinungsstand.

2 Zu den sich hier ergebenden Problemen s. z. B. OVG Saarland, 16.1.2015 – 1 B 370/14, ZfWG 2015, 139 ff.

3 Schneider, WiVerw 2014, 165, 182 spricht von einer „geradezu babyionischen Normenverwirrung und -verirrung“.

4 Vgl. Rudolf, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI, 2008, § 141 Rn. 62.

5 StGH Baden-Württemberg, 17.6.2014 – 1 VB 15/13; anders aber zuvor OVG Saarland, 10.2.2014 – 1 B 476/13, ZfWG 2014, 124 ff.

6 So z. B. OVG Hamburg, 24.6.2014 – 4 BS 279/13, ZfWG 2014, 317 ff.

7 Zu der Problematik s. Sadowski, ZfWG 2015, 23 ff.

§ 33i GewO, deren Geltungsdauer nicht innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Glücksspieländerungsstaatsvertrags erlischt, bestehen. Liegen diese Voraussetzungen vor, dann gilt diese Spielhalle bis zum Ablauf von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Vertrags als mit den §§ 24 und 25 GlStV vereinbar – die Betreiber brauchen sich also in dieser Zeit keine Sorgen insbesondere hinsichtlich der Abstandsregelungen und des Verbots von Verbundspielhallen zu machen.

Weshalb hier die momentane rechtliche Unsicherheit besteht, lässt sich allerdings schnell erkennen. Während einerseits ausdrücklich auf die Spielhalle – also den Betrieb – abgestellt wird, wird ebenfalls Bezug auf § 33i GewO genommen, welcher nicht nur auf die Räumlichkeiten des Betriebs abstellt, sondern auch die persönlichen Voraussetzungen des Betreibers regelt.⁸ Zudem wird jedenfalls nicht ausdrücklich klar gestellt, was passiert, wenn die Genehmigung des § 33i GewO nach dem Stichtag nicht mehr besteht – sei es beispielsweise durch ein Erlöschen nach § 49 Abs. 2 GewO oder eben durch einen Wechsel des Betreibers. Insgesamt ist die Regelung also in einem erheblichen Maße auslegungsbedürftig.

II. Meinungsstand

In der Rechtsprechung und Literatur lassen sich sowohl für eine rein spielhallenbezogene Auslegung der Übergangsregelungen als auch für die (auch) betreiberbezogene Auslegung Nachweise finden, wobei allerdings die zweite Ansicht stärker vertreten ist als die erste. Mit ihr soll von daher in der Darstellung begonnen werden.

1. Betreiberbezogene Regelung

Dieser Aufbau bietet sich auch aus historischen Gründen an, da die soweit ersichtlich erste Entscheidung zu dieser Frage – ein Beschluss vom VG Freiburg vom 13.12.2012⁹ – sich ebenfalls dieser Auslegung zuordnen lässt. Nach dieser Ansicht sind die Übergangsregelungen nicht ausschließlich spielhallenbezogen zu verstehen, sondern nehmen auch den jeweiligen Betreiber in den Blick. Folglich soll ein Betreiberwechsel auch bei einer Spielhalle, für die ursprünglich der fünfjährige Bestandsschutz galt, zu einer umfassenden Neukonzessionierung führen, wobei insbesondere auch die Regelungen der §§ 24, 25 GlStV zu berücksichtigen wären. Die Erteilung der Spielhallenerlaubnis an den Übernehmer einer Spielhalle würde sich nach dieser Ansicht somit nicht von einer erstmaligen Erteilung unterscheiden.¹⁰

Zur Begründung berufen sich die Entscheidungen zunächst meist auf den Wortlaut der jeweils Streitgegenständlichen Übergangsregelung,¹¹ welcher bereits ein nur spielhallenbezogenes Verständnis ausschließen soll. § 29 Abs. 4 S. 2 GlStV setze voraus, dass die Spielhalle zum Stichtag bestand und dass dem Betreiber eine Erlaubnis nach § 33i GewO für den Betrieb der Spielhalle erteilt wurde. Da diese Erlaubnis aber nicht nur an die Räume des Betriebs, sondern auch an die Person des Betreibers gebunden sei,¹² müsse auch der übergangsweise gewährte Bestandsschutz raum- und personenbezogen verstanden werden.¹³ Die Anknüpfung an das „Bestehen“ der Spielhalle bedeute nur, dass allein eine Erlaubnis nach § 33i GewO nicht ausreiche.¹⁴ Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Formulierung „deren Geltungsdauer nicht innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten dieses Vertrages endet“.¹⁵ Diese

Formulierung solle nur klarstellen, dass Spielhallenerlaubnisse, welche aus anderen Gründen erlöschen, nicht allein aufgrund der Übergangsregelung weiter bestehen können.

Des Weiteren sei eine allein spielhallenbezogene Auslegung nicht mit den Zwecken des § 29 Abs. 4 S. 2 GlStV vereinbar.¹⁶ Ziel der Abstandsregelungen sei insbesondere die Suchtprävention.¹⁷ Dass durch eine befristete Erlaubnisteilung an einen Neu-Betreiber das Gefährdungspotenzial nicht erhöht wird, sei unerheblich, da auf diesem Wege jedenfalls eine beschleunigte Verringerung des Bestands an Spielhallen verhindert werde.¹⁸ Die Übergangsregelung diene zudem dem Schutz des Vertrauens des Alt-Betreibers, nicht jedoch des Neu-Betreibers.¹⁹ Die Interessenlage des Neu-Betreibers sei eine völlig andere als die des Alt-Betreibers, da es für den Neu-Betreiber zum einen an jeglicher Grundlage für ein berechtigtes Vertrauen fehle.²⁰ Es sei daher nicht der Sinn der Übergangsregelungen, den Betrieb einer Spielhalle unabhängig von der Person des Betreibers für fünf Jahre zu ermöglichen, sondern vielmehr bestehe aufgrund der dargestellten Interessenlage eine enge Verknüpfung zwischen Vertrauensschutz und der Person des Alt-Betreibers.²¹ Dass der Alt-Betreiber zum Teil an einer Übereignung der Spielhalle gehindert werde, sei nicht zu beanstanden. Der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz gehe nicht so weit, den Staatsbürger vor jeder Enttäuschung zu bewahren.²² Ebenfalls spreche das Ziel, mit der Übergangsregelung den Erwerb von sogenannten „Vorraterlaubnissen“ zu verhindern, nicht gegen ein betreiberbezogenes Verständnis der Norm.²³

Zuletzt lasse die Regelung auch keinen Gleichheitsverstoß erkennen. Dass es juristischen Personen durch einen Wechsel der Gesellschafter problemlos möglich sei, eine Spielhalle zu veräußern, während für natürliche Personen fak-

8 Vgl. nur VG Saarland, 6.11.2014 – 1 K 685/13.

9 VG Freiburg, 13.12.2012 – 3 K 2074/12, ZfWG 2013, 147 ff.

10 So ausdrücklich VG Saarland, 27.11.2014 – 1 L 1292/13, Rn. 6.

11 So Hess. VGH, 5.9.2014 – 8 B 1036/14, Rn. 14, ZfWG 2014, 413; OVG Sachsen-Anhalt, 8.4.2014 – 1 M 21/14, Rn. 4, ZfWG 2014, 304, 304 f.; VG Stade, 10.12.2014 – 6 A 2797/13, Rn. 71, 81; VG Saarland, 6.11.2014 – 1 K 685/13, Rn. 32, VG Saarland, 27.11.2013 – 1 L 1292/13, Rn. 6; VG Freiburg, 13.12.2012 – 3 K 2074/12, Rn. 16.

12 S. nur Hess. VGH, 27.11.2013 – 1 L 1929/13, Rn. 6, VG Berlin, 15.2.2013 – 4 K 342.12, Rn. 17 jeweils m. w. N.

13 VG Stade, 10.12.2014 – 6 A 2797/13, Rn. 81; VG Saarland, 27.11.2013 – 1 L 1292/13, Rn. 6.

14 OVG Sachsen-Anhalt, 8.4.2014 – 1 M 21/14, Rn. 4, ZfWG 2014, 304, 305 f.; VG Saarland, 6.11.2014 – 1 K 685/13, Rn. 32.

15 OVG Sachsen-Anhalt, 8.4.2014 – 1 M 21/14, Rn. 9, ZfWG 2014, 304, 305; VG Saarland, 6.11.2014 – 1 K 685/13, Rn. 48.

16 Hess. VGH, 5.9.2014 – 8 B 1036/14, Rn. 16, ZfWG 2014, 413; OVG Sachsen-Anhalt, 8.4.2014 – 1 M 21/14, Rn. 7, ZfWG 2014, 304, 305; VG Stade, 10.12.2014 – 6 A 2797/13, Rn. 71; VG Saarland, 6.11.2014 – 1 K 685/13, Rn. 42; VG Freiburg, 13.12.2012 – 3 K 2074/12, Rn. 16.

17 OVG Saarland, 10.2.2014 – 1 B 476/13; Rn. 10, ZfWG 2014, 124, 126.

18 OVG Sachsen-Anhalt, 8.4.2014 – 1 M 21/14, Rn. 8, ZfWG 2014, 304, 305; VG Saarland, 6.11.2014 – 1 K 685/13, Rn. 48; Weidtmann-Neuer, <http://www.verwaltungspraxis.jurion.de/news/aktuelles/uebergangsregelung-in-29-gluestv-ist-auf-spielhalle-nicht-betreiber-bezogen/> [21.04.2015].

19 Hess. VGH, 5.9.2014 – 8 B 1036/14; Rn. 14, ZfWG 2014, 413; OVG Sachsen-Anhalt, 8.4.2014 – 1 M 21/14, Rn. 5, ZfWG 2014, 304; VG Stade, 10.12.2014 – 6 A 2797/13, Rn. 81; VG Saarland, 6.11.2014 – 1 K 685/13, Rn. 34.

20 VG Saarland, 6.11.2014 – 1 K 685/13, Rn. 34.

21 VG Stade, 10.12.2014 – 6 A 2797/13, Rn. 81.

22 OVG Saarland, 10.2.2014 – 1 B 476/13, Rn. 23, ZfWG 2014, 124, 128; VG Saarland, 27.11.2013 – 1 L 1292/13, Rn. 14.

23 Hess. VGH, 5.9.2014 – 8 B 1036/14, Rn. 16, ZfWG 2014, 413; OVG Sachsen-Anhalt, 8.4.2014 – 1 M 21/14, Rn. 7, ZfWG 2014, 304, 305; VG Saarland, 6.11.2014 – 1 K 685/13, Rn. 42.

tisch ein Veräußerungsverbot bestehe, sei der gewählten Rechtsform geschuldet und nicht zu beanstanden.²⁴

2. Spielhallenbezogene Regelung

Dieser Ansicht treten die Vertreter einer rein spielhallenbezogenen Auslegung entgegen. Bereits ihrem Wortlaut nach sei die Übergangsregelung eindeutig spielhallen- und nicht betreiberbezogen.²⁵ Dies lasse sich schon an der Abweichung vom sonst im Gesetz üblichen Sprachgebrauch erkennen. So spreche § 24 GlüStV vom „Betrieb“ einer Spielhalle, § 29 Abs. 4 S. 2 GlüStV jedoch von einer „Spielhalle“. Wäre ein betreiberbezogenes Verständnis vom Gesetzgeber gewollt, so hätte er sich für die Formulierung „Betreiber, denen bis zum[...]“ entschieden.²⁶ Dies sei aber gerade nicht der Fall. Auch die Formulierung als Fiktion spreche für eine allein spielhallenbezogene Auslegung.²⁷ Die Einschränkung auf Erlaubnisse, deren Geltungsdauer nicht innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Glücksspieländerungsstaatsvertrags endet, sei eine unnötige Klarstellung, dass Erlaubnisse, welche aus anderen Gründen erlöschen, nicht allein aufgrund der Übergangsregelung weiter bestehen können.²⁸ Sie beziehe sich allein auf nach § 33i GewO befristete Spielhallenerlaubnisse.

Dieses Verständnis lasse sich auch historisch begründen.²⁹ Schon in § 3 Abs. 3 SpielV 1985 war eine Übergangsregelung getroffen worden. Diese bezog sich ausdrücklich nur auf Spielhallen und nicht auf den Betreiber.

Auch der Zweck der Übergangsregelung, Vorratserlaubnisse zu verhindern, spreche für eine rein spielhallenbezogene Interpretation.³⁰ Dies beziehe sich schon denknotwendig auf noch nicht bestehende, jedenfalls bisher nicht genehmigte Vorhaben. Mit den Regelungen habe der Gesetzgeber die Entstehung neuer Spielhallen verhindern wollen, nicht aber zugleich die Reduzierung des aktuellen Bestands bereits vor Ablauf der 5-Jahres-Frist.³¹ Auch dies sei zudem mit den Zwecken der Regelung in § 3 Abs. 3 SpielV 1985 kongruent.³² Jedenfalls hinsichtlich der Rechtslage in Niedersachsen könne zudem auf die Begründung zum Transformationsgesetz³³ verwiesen werden, welche ausdrücklich allein auf Spielhallen abstelle.³⁴

Ein nicht nur spielhallenbezogenes Verständnis der Regelungen würde zudem zu einem absoluten Veräußerungshindernis für die Betreiber – zumindest solange sie natürliche Personen sind – führen, was eine massive Beeinträchtigung der betroffenen Betreiber sei.³⁵ Eine solche Beeinträchtigung sei zuletzt auch gleichheitswidrig, da sie juristische Personen ohne hinreichenden Grund bevorzuge.³⁶

III. Eigener Ansatz

Betrachtet man die vorgetragene Argumente, so wird einem schnell auffallen, dass beide Seiten faktisch identische Punkte vortragen, um damit die jeweils von ihnen vertretene Ansicht zu begründen. Bereits dies zeigt, dass zumindest das Wortlaut-Argument letztlich nicht entscheidend sein kann. Ein Wortlaut, der für beide Seiten im Wege der Auslegung herangezogen werden kann, ist schon grundsätzlich nicht aussagekräftig genug, um den Streit zu klären. Dies zeigt sich deutlich, wenn man den Wortlaut eingehend untersucht.

1. Grammatikalische Auslegung

Zunächst einmal unstrittig werden hier bestimmte Spielhallen unter bestimmten Voraussetzungen für mit dem Gesetz vereinbar erklärt. Eine dieser Voraussetzungen ist der bereits laufende Betrieb der Spielhalle zum Stichtag. Auch dies dürfte noch unstrittig sein. Schwierig wird es dagegen bei der Formulierung „für die bis zum 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis nach § 33i Gewerbeordnung erteilt worden ist, deren Geltungsdauer nicht innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten dieses Vertrages endet“. Hier lässt sich die Norm in verschiedener Art und Weise interpretieren.

Zum einen könnte sie so verstanden werden, dass bei einer rechtzeitigen Erteilung der (ausreichend lange laufenden) Erlaubnis zum Stichtag die Spielhalle für den folgenden Zeitraum als mit den gesetzlichen Vorgaben vereinbar ist. Zum anderen könnte man aus dem Text lesen, die Fiktion greife nur dann, wenn die aktuelle Erlaubnis vor dem Stichtag erlassen wurde. Der Wortlaut lässt sich somit tatsächlich für beide vertretenen Ansichten heranziehen. Dies zeigt nochmals deutlich, dass er nicht dazu dienen kann, die vorzugswürdige Interpretation der Übergangsregelungen zu ermitteln.

2. Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung, mit dem Hinweis auf den Wortlaut von § 24 GlüStV kann ebenfalls kein entscheidendes Argument liefern. Gerade mit Rücksicht auf die leider wenig gelungene Ausgestaltung des Glücksspieländerungsstaatsvertrags³⁷ darf hier wohl vielmehr von einer bloßen sprachlichen Ungenauigkeit als von einer bewussten Abgrenzung zwischen den beiden Normen ausgegangen werden.

3. Historische Auslegung

Auch der Verweis auf historische Regelungen kann wenig weiterhelfen. Es mag zwar einen gewissen Anhaltspunkt für eine Auslegung darstellen, wie der Gesetzgeber in einer vergleichbaren Situation früher agiert hat. Schon mit Rücksicht auf die Tatsache, dass es hier um eine etwa 30 Jahre alte Regelung geht, ist diesem Punkt aber bestenfalls eine geringe Bedeutung zuzusprechen.

4. Teleologische Auslegung

Die Lösung ist somit im Sinn und Zweck der Regelung zu suchen. Dabei allerdings ist der Hinweis auf die Verhinderung von Vorratserlaubnissen nicht weiterführend. Wie zuvor lässt sich dies schon an der Verwendung dieses Arguments von beiden Seiten erkennen. Zudem wird hiermit allein das Erfordernis des Betriebes einer Spielhalle zum

24 Hess. VGH, 5.9.2014 – 8 B 1036/14, Rn. 14, ZfWG 2014, 413; VG Berlin, 15.2.2013 – 4 K 342.12, Rn. 20.

25 OVG Lüneburg, 8.11.2013 – 7 ME 82/13, Rn. 7, ZfWG 2014, 43, 44; *Odenthal*, GewArch 2012, 345, 348.

26 OVG Lüneburg, 8.11.2013 – 7 ME 82/13, Rn. 8, ZfWG 2014, 43, 44.

27 OVG Lüneburg, 8.11.2013 – 7 ME 82/13, Rn. 9, ZfWG 2014, 43, 45.

28 OVG Lüneburg, 8.11.2013 – 7 ME 82/13, Rn. 10, ZfWG 2014, 43, 45; *Odenthal*, GewArch 2012, 345, 349.

29 *Odenthal*, GewArch 2012, 345, 348.

30 OVG Lüneburg, 8.11.2013 – 7 ME 82/13, Rn. 10, ZfWG 2014, 43, 45.

31 OVG Lüneburg, 8.11.2013 – 7 ME 82/13, Rn. 10, ZfWG 2014, 43, 45.

32 *Odenthal*, GewArch 2012, 345, 348.

33 Nds. LT-Drs. 16/4795, S. 94.

34 OVG Lüneburg, 8.11.2013 – 7 ME 82/13, Rn. 8, ZfWG 2014, 43, 45.

35 OVG Lüneburg, 8.11.2013 – 7 ME 82/13, Rn. 9, ZfWG 2014, 43, 44 f.; *Schneider*, WiVerw 2014, 165, 181 f.

36 OVG Lüneburg, 8.11.2013 – 7 ME 82/13, Rn. 9, ZfWG 2014, 43, 45.

37 Vgl. auch *Schneider*, WiVerw 2014, 165, 182.

Stichtag begründet. Es sollte nicht ausreichen, lediglich eine Erlaubnis erlangt zu haben, wenn eine Spielhalle noch nicht besteht. Die Frage, ob im Übrigen die Übergangsnorm (auch) einen Betreiberbezug aufweist, wird durch diese Regelung nicht geklärt. Stattdessen sind die dem Glücksspielstaatsvertrag innewohnenden Ziele mit den Zielen des Vertrauensschutzes der Betreiber zu betrachten und diese schließlich gegebenenfalls im Wege der praktischen Konkordanz in Einklang zu bringen.

a) Ziele des Glücksspielstaatsvertrags

Die gleichrangig nebeneinanderstehenden Ziele des Glücksspielstaatsvertrags werden in § 1 GlüStV festgelegt. Diese sind die Suchtprävention, die Kanalisierung des Spieltriebs in geordnete Bahnen, der Jugend- und Spielerschutz, die Bekämpfung von illegalem Glücksspiel und kriminellen Handlungen in diesem Zusammenhang sowie die Wahrung eines fairen und sportlichen Wettbewerbs im Zusammenhang mit Sportwetten. Im Lichte dieser Ziele sind alle weiteren Regelungen zu interpretieren. Dabei muss stets die Gleichrangigkeit der Zwecke bedacht werden. Eine Regelung, die allein einem einzelnen Zweck dient und dabei einen weiteren Zweck gefährdet, würde § 1 GlüStV entgegen laufen.

Die Regelungen der §§ 24, 25 GlüStV sollen nun einerseits der Suchtprävention – durch die Möglichkeit der „Abkühlung“³⁸ – und dem Spieler- und Jugendschutz³⁹ dienen, andererseits sollen sie einen Kompromiss mit dem Spieltrieb der Bevölkerung darstellen, da ein totales Verbot vielleicht der Suchtprävention auf den ersten Blick stärker dienen mag, der bestehende Spieltrieb dadurch aber in illegale Bahnen getrieben werden würde.⁴⁰

§ 29 Abs. 4 S. 2 GlüStV muss nun im Lichte dieser Grundlagen betrachtet werden. Zunächst mag es so scheinen, als würde die Regelung dem Spielerschutz und der Suchtprävention entgegenlaufen, da Spielhallen, an den betroffenen Stellen eigentlich nach den §§ 24, 25 GlüStV nicht mehr erwünscht sind, aufgrund der Übergangsfristen aber trotzdem für eine begrenzte Zeit zugelassen werden. Würde man nun aber den Spielhallenbesitzern, die im Vertrauen auf den Fortbestand ihrer Spielhalle größere Investitionen erbracht haben, mit relativ kurzer Vorwarnzeit den Betrieb der Spielhalle untersagen, so würden sich für den Spieler deutliche Gefahren ergeben. Der Betreiber hat ein großes Interesse daran, seine Investitionen soweit möglich zu amortisieren. Bleibt ihm dazu plötzlich ein viel kürzerer Zeitraum als erwartet, so wird es für manchen Betreiber nicht mehr ausgeschlossen sein, die Spiele zu Lasten der Spieler zu manipulieren oder sich über den verbotenen Verkauf von Alkohol oder ähnliche Ideen eine weitere Einnahmequelle zu suchen. Der Verlust der Konzession ist aufgrund der sowieso nur sehr kurzen noch bleibenden Dauer in diesem Fall wenig abschreckend. Auch besteht die Gefahr, dass die Betreiber sich schlicht in die Illegalität flüchten und mit den geleasteten Automaten nicht erlaubte Spielhallen betreiben. Da bei solchen „schwarzen“ Spielhallen auch eine behördliche Kontrolle nicht stattfindet, liefen Regelungen ohne Übergangsfrist nicht nur der Kanalisierung des Spieltriebs entgegen, sondern würden im Ergebnis auch den Spieler gefährden. Bereits aus diesem dem Glücksspielstaatsvertrag inhärenten Grund war eine Übergangsregelung unverzichtbar.

b) Vertrauensschutz

Eine solche war aber auch aus Gründen des Vertrauensschutzes gegenüber den Spielhallenbetreibern erforderlich. Der Vertrauensschutz ist grundrechtlich insbesondere im Rechtsstaatsprinzip sowie in den einzelnen Grundrechten selbst verankert und garantiert „die Verlässlichkeit der Rechtsordnung als wesentliche Voraussetzung für die Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und damit als eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen.“⁴¹ Hat der Bürger sein berechtigtes Vertrauen betätigt, so ist dieses Vertrauen grundsätzlich schützenswert.⁴² Dies ist vorliegend jedenfalls dann der Fall, wenn vor dem Stichtag Dispositionen im Vertrauen auf einen unveränderten Fortbestand der grundlegenden Rechtslage getätigt wurden. Solche Dispositionen sind hier insbesondere im Abschluss von Mietverträgen oder Leasingverträgen für die Automaten zu sehen, können aber auch in Renovierungsarbeiten oder ähnlichem liegen.

§ 29 Abs. 4 S. 2 GlüStV soll daher gerade auch zur Wahrung des verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Vertrauensschutzes dienen. Den betroffenen Spielhallenbetreibern soll die Gelegenheit gegeben werden, ihre Dispositionen innerhalb eines gewissen Zeitrahmens zu amortisieren. Wie eine solche Amortisierung im Ergebnis erreicht wird, wird dabei nicht geregelt. In einer freien Marktwirtschaft ist es dem einzelnen Marktteilnehmer grundsätzlich selbst überlassen, wie er aus seiner Sicht am wirtschaftlichsten mit seinen Investitionen umgeht.

Hier ergibt sich nun die Frage, ob auch ein Verkauf oder eine Vererbung der Spielhalle als wirtschaftliche Nutzung der grundsätzlich geschützten Investitionen von Vertrauensschutz erfasst wird. Hier soll aus Darstellungsgründen zunächst nur der Verkauf betrachtet werden. Im Anschluss hieran werden dann die Unterschiede hinsichtlich der Vererbung aufgezeigt.

Für den Verkauf wird ein Vertrauensschutz entgegen den Ergebnissen der (auch) betreiberbezogenen Interpretation der Übergangsregelungen zu bejahen sein. Zum einen ist es so, dass auch der Verkauf von Vermögenswerten zu einer wirtschaftlichen Verwendung zählt, die der Amortisation dienen kann. Gerade, wenn der Betreiber beispielsweise aus gesundheitlichen Gründen an einem weiteren Betrieb der Spielhalle gehindert ist, ist der Verkauf oft die einzige Möglichkeit, seine Aufwendungen ersetzt zu bekommen oder zumindest den Schaden zu minimieren. Aber auch unabhängig davon, ob ein Verkauf erforderlich war, ist eine solche Verwertung als übliche wirtschaftliche Betätigung anzusehen und somit grundsätzlich zu erfassen, wenn ein Vertrauensschutz besteht.

5. Praktische Konkordanz

Mit dieser Feststellung ist allerdings noch nicht gesagt, dass damit die Übergangsregelungen auch zugunsten des Neubetreibers wirken. Vielmehr sind die Interessen der Alt-Betreiber mit möglicherweise entgegenstehenden anderen Interessen im Wege einer praktischen Konkordanz in Ein-

38 VG Saarland, 27.11.2013 – 1 L 1292/13, Rn. 19.

39 Inwieweit hierfür – insbesondere hinsichtlich des Jugendschutzes – tatsächlich eine Kompetenz der Landesgesetzgeber besteht, ist durchaus fraglich; vgl. dazu Schneider, WiVerw 2014, 165.

40 Hier sei nur auf den starken Machtzuwachs von La Cosa Nostra während der Prohibition in den USA verwiesen.

41 BVerfG, 5.3.2013 – 1 BvR 2457/08; Rn. 41 = BVerfGE 133, 143, 158.

42 BVerfG, 5.5.1987 – 1 BvR 724/81 u. a., Rn. 82 = BVerfGE 75, 246, 280.

klang zu bringen. Sich entgegenstehende Verfassungsrechtsgüter wären somit derart gegeneinander abzuwägen, dass beide zur optimalen Entfaltung kommen und keines zu Lasten des anderen durchgesetzt wird.⁴³

Damit ist in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die in § 1 GlüStV genannten Ziele zum einen Verfassungsrechtsgüter sind und ob diese zum anderen den Interessen der Alt-Betreiber entgegenstehen. Sollte dies der Fall sein, wäre in einem zweiten Schritt zwischen diesen Gütern eine praktische Konkordanz herzustellen.

a) Bestehen von gegensätzlichen Interessen

Von Interesse sind nur die in § 1 Nr. 1-3 GlüStV genannten Ziele, da hinsichtlich der hier interessierenden Problematik der Schutz des fairen sportlichen Wettbewerbs nicht betroffen ist. Soweit die Suchtprävention angesprochen wird, so betrifft dies das Recht auf körperliche Unversehrtheit sowie das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Allgemeinen ebenso wie das Eigentum der Süchtigen. Gleiches gilt für die in Nr. 2 genannte Kanalisierung des Spieltriebs. Der Jugendschutz wiederum ist in Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG verankert.⁴⁴

Wie bereits oben festgestellt wurde, stehen diese Regelungen nur scheinbar den Interessen der Alt-Betreiber entgegen. Tatsächlich ist es so, dass jedenfalls hinsichtlich der Übergangsregelung die Interessen faktisch gleichlaufend sind. Würde das berechtigte Interesse eines Alt-Betreibers enttäuscht werden, so wäre dieser dazu genötigt, seine Investitionen auf anderen – möglicherweise nicht legalen, wahrscheinlich aber zumindest weniger spielerfreundlichen – Wegen zu amortisieren. Dies stellt für die Spieler eine insgesamt deutlich größere Gefahr dar als die um höchstens fünf Jahre verlängerte Öffnungszeit einer Spielhalle, die unter regelmäßiger behördlicher Kontrolle steht. Auch hinsichtlich der Vermeidung von illegalem Glücksspiel ist die Gewährung einer Übergangsfrist somit zielführender als ein faktisch absolutes Veräußerungsverbot.

Folglich lassen sich schon keine dem geschützten Vertrauen der Alt-Betreiber entgegenstehenden Interessen aufzeigen, die im Wege einer praktischen Konkordanz doch das Ergebnis der herrschenden Rechtsprechung rechtfertigen würden.

b) Hilfsweise: Interessenabwägung

Aber selbst wenn man hier von entgegenstehenden Interessen ausgehen wollte, würde eine Abwägung der Verfassungsrechtsgüter im Wege einer praktischen Konkordanz jedenfalls hinsichtlich der Veräußerung zu keinem anderen Resultat führen. Einem Interesse an einem möglichst schnellen Rückgang der Spielhallen stünde wie dargelegt das Interesse des Alt-Betreibers an der wirtschaftlichen Nutzung seiner Investitionen gegenüber. Dabei wäre die Gefährdungssituation durch einen nicht beschleunigten Rückgang – gerade im Hinblick auf weiterhin bestehende behördliche Kontrollen – im Vergleich zu der deutlichen Beschneidung der wirtschaftlichen Verwendung seitens des Alt-Betreibers getätigten Investitionen deutlich geringer zu bewerten. Hier würde ansonsten die überplanmäßige Beschleunigung der Zielerreichung eindeutig zu Lasten des ebenfalls schutzwürdigen Alt-Betreibers durchgesetzt werden.

6. Anwendung auf die Vererbung

Hinsichtlich der Vererbung sind einige grundlegende Abweichungen zu beachten: Hier greifen schon die Regelungen der §§ 45 ff. GewO, wonach das Gewerbe nach dem Tod für Rechnung des überlebenden Ehegatten oder Lebenspartners durch einen nach § 45 GewO befähigten Stellvertreter betrieben werden kann. Hierbei ist aber der Verweis auf die Einzelfallentscheidung der Behörde in § 47 GewO zu beachten. Liegen die persönlichen Voraussetzungen des Vertreters vor, so wird eine Ablehnung in der Regel aber ermessensfehlerhaft sein.

Aber auch aus erbrechtlichen Gründen ist eine Konzession zu erteilen. Eine bilanzielle Bewertung des Erbes⁴⁵ würde aufgrund der erheblich verschlechterten Verwertbarkeit ohne Konzession einen deutlich geringeren Wert des Erbes nach Eintritt des Erbfalls ergeben. Der Erbe würde wirtschaftlich dem Erblasser gegenüber deutlich schlechter gestellt. Dies widerspräche aber der Idee der Gesamtrechtsnachfolge.

Dem lässt sich nicht entgegenhalten, der Vertrauensschutz diene nur dem Erblasser und nicht dem Erben. Dies wird auch von der hier vorgezogenen Lesart nicht anders gesehen. Der Erbe profitiert lediglich von dem durch den Vertrauensschutz gesteigerten Wert der Erbmasse. Deren werterhaltende Weitervererbung ist aber unmittelbares Interesse des Alt-Betreibers.

Auch innerhalb der Interessenabwägung muss dieses Ergebnis bestehen bleiben. Hier steht das Interesse des Alt-Betreibers an der freien Verfügbarkeit über sein Eigentum⁴⁶ dem Interesse an einer beschleunigten Umsetzung der Ziele des Glücksspieländerungsstaatsvertrags entgegen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die ursprüngliche Interessenabwägung bereits zu der Übergangsregelung zugunsten des Erblassers geführt hat. Der zeitlich begrenzte Schutz des Vertrauens wurde als angemessener Kompromiss zwischen den entgegenstehenden Interessen erkannt. Eine innerhalb dieser zeitlichen Grenzen liegende Nutzbarkeit der Spielhalle durch den Erben führt nicht zu einer weiteren Verschlechterung der grundsätzlichen Situation, sondern zu einem Erhalt des aktuellen status quo. Bedenkt man nun weiter, dass sogar bei der Vererbung einer Schusswaffe gem. § 20 Waffengesetz eine Vererbung grundsätzlich möglich ist, wenn der Erbe die persönlichen Qualifikationen vorweisen kann, spricht a maiore ad minus wenig dafür, bei einer Spielhalle anders zu verfahren.

Selbst also, wenn man die Ziele des Glücksspielstaatsvertrags im Widerspruch zu denen des Vertrauensschutzes sehen wollte, so würde dies nicht bedeuten dürfen, dass eine Vererbung der Spielhalle faktisch zum Ausschluss ihrer Nutzbarkeit noch innerhalb der dem Erblasser zustehenden Übergangsfrist führt.

B. Ergebnis

Zusammengefasst stellt sich die rechtliche Lage somit wie folgt dar:

43 Vgl. nur VGH Mannheim, 26.3.1996 – 9 S 2502/93, Rn. 27 m. w. N.

44 S. nur Faber, Jugendschutz im Internet, 2005, S. 87 m. w. N.

45 Hierzu Hefendehl, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band, 2. Aufl., 2013, § 263 StGB Rn. 374 ff.

46 BVerfG, 16.10.1984 – 1 BvR 513/78, Rn. 35 = BVerfGE 67, 329, 341 m. w. N.

Sowohl bei einer Veräußerung als auch bei einer Vererbung sind für den Neu-Betreiber im Rahmen der Konzessionierung allein die persönlichen Voraussetzungen zu prüfen. Die Abstandsregelungen dürfen keine Anwendung finden. Ein anderes Verständnis würde zu einer nicht gerechtfertigten Verminderung der Vermögenswerte des Alt-Betreibers führen. Zudem steht die Übergangsregelung nicht im Konflikt mit den Zielen des Glücksspielstaatsvertrags, sondern dient diesen vielmehr, indem sie die Anreize für ein Ausweichen der Betreiber in die Illegalität minimiert. Aber selbst, wenn man einen solchen Gleichklang der Ziele nicht sehen will, so würde im Wege der praktischen Konkordanz sowohl die Veräußerung als auch die Vererbung möglich bleiben, da ansonsten die geschützten Interessen des Alt-Betreibers übermäßig beschnitten werden würden. Somit ist im Ergebnis der Ansicht des OVG Lüneburg⁴⁷ zuzustimmen. Die vorzugswürdige Interpretation der Übergangsregelung des § 29 Abs. 4 S. 2 GlüStV führt somit zu einer faktischen Wirkung des Vertrauensschutzes auch über den Betrieb der Spielhalle durch den Alt-Betreiber hinaus. Bei einem Be-

treiberwechsel – sei es durch Verkauf oder Vererbung der Spielhalle – sind nur die persönlichen Voraussetzungen des neuen Betreibers zu prüfen. Die spielhallenbezogenen Voraussetzungen wie insbesondere die Abstandsregelungen spielen in diesem Fall keine Rolle.

Summary

There is a diverging jurisdiction on the question of transferring arcades either by death or by legal transaction under the rule of the German State Treaty on Gambling (Glücksspielstaatsvertrag). This article examines the predominant views and arrives at the conclusion that only facts related to the person of the new operator are of relevance for such transfer. Facts related to the arcade itself are not to be considered.

47 OVG Lüneburg, 8.11.2013 – 7 ME 82/13, ZfWG 2014, 43 ff.

Dr. Jesko-Aleksander Makswit, Berlin*

Verfassungsrechtliche Schranken der Kompetenzwahrnehmung im Glücksspielrecht

Unter besonderer Berücksichtigung des Konsistenzgebotes

I. Einführung

Das deutsche Glücksspielrecht wird von den deutschen Gesetzgebern in erster Linie als Regelungsmaterie des Ordnungsrechts zur Abwehr der damit verbundenen Gefahren der Spielsucht und Begleitkriminalität behandelt und unterfällt demzufolge gem. Art. 70 Abs. 1 GG der Gesetzgebungskompetenz der Länder. Die Länder regeln das Glücksspiel zwar grundlegend in dem Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV) vom 15.12.2011, das gewerbliche Spielrecht (Automatenspiel) ist hingegen als Regelungsgegenstand des Rechts der Wirtschaft gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG vor allem in den §§ 33c–33i der Gewerbeordnung (GewO) und der dazu erlassenen Spielverordnung (SpielV) durch den Bund normiert. Diese unterschiedlichen Normkonzepte haben zur Begriffsfindung der sog. dualen Spielordnung geführt, worunter diese Kompetenzverteilung im Glücksspielrecht zwischen dem Bund und den Länder zu verstehen ist.

Nicht nur die verschiedenen glücksspielrechtlichen Regelungswerke des Bundes und der Länder, sondern auch die grundsätzliche Unabhängigkeit der Länder im Verhältnis untereinander haben zu Rechtsproblemen geführt. Dies zeigte sich insbesondere im Zuge der Reform des GlüStV im Jahr 2011, als Schleswig-Holstein aus dem gemeinsamen Staatsvertrag der Länder ausscherte und ein eigenes liberaleres Landesglücksspielgesetz aufstellte. Obwohl das Gesetz mittlerweile aufgehoben wurde, ruft es durch seine Nachwirkungen weiterhin Rechtskonflikte hervor.¹

Diese Problematik wurde in erster Linie hinsichtlich der Vorgaben des unionsrechtlichen Kohärenzgebotes diskutiert. Allerdings stellt auch das Grundgesetz Anforderungen an gesetzgeberische Alleingänge einzelner Bundesländer auf, die in diesem Beitrag näher betrachtet werden sollen. Im Folgenden wird daher untersucht, ob sich auf verfassungsrechtlicher Ebene aus dem Gebot des bundes- bzw. landesfreundlichen Verhaltens (II.), der Systemgerechtigkeit bzw. Folgerichtigkeit der Normgebung (III.) sowie insbesondere aus dem Konsistenzgebot (IV.) Einschränkungen für die zuständigen Normgeber ergeben können oder gar eine Pflicht zur Angleichung der Regelungen von Bund und Ländern herzuleiten ist.

II. Das Gebot des bundes- bzw. landesfreundlichen Verhaltens

Obwohl das Grundgesetz den Ländern in Art. 70 Abs. 1 GG weitgehende Gesetzgebungsautonomie zugesteht, kann ein Bundesland bei Erlass eigener, abweichender Gesetze nicht unbeschränkt wie ein souveräner Staat ohne Rücksicht auf die Interessen des Bundes und der übrigen Länder handeln.

* Mehr über den Autor erfahren Sie auf Seite III.

1 Um Entschädigungsforderungen der Genehmigungsinhaber nach der Gesetzesaufhebung und dem Beitritt zum GlüStV zu vermeiden, blieb die Wirksamkeit der bereits erteilten Glücksspielgenehmigungen für ihre gesamte Geltungsdauer von sechs Jahren erhalten, vgl. Art. 4 des Gesetzes zur Änderung glücksspielrechtlicher Gesetze vom 1. Februar 2013, Gesetz- und Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein 2013, Nr. 3, S. 64, 69; siehe hierzu auch Koenig/Meyer, ZfWG 2013, 153, 154.