

Ist das Auswahlverfahren nach Hamburger Spielhallengesetz verfassungswidrig?

Wie andernorts auch, werden zum 01.07.2017 die Spielhallenerlaubnisse in Hamburg neu vergeben. Unter anderem gilt fortan ein Mindestabstand von 500 Metern, der zu anderen Spielhallen nicht unterschritten werden soll. Für Bestandsspielhallen, die den Mindestabstand zueinander nicht einhalten, gibt es auch eine Regelung: Es soll die Spielhalle an dem Standort weiter bestehen, welcher der älteste Spielhallenstand im maßgeblichen Umkreis ist (§ 9 Abs. 4 HmbSpielhG).

Eine Begründung für dieses fragwürdige Auswahlkriterium gibt es auch bereits.

Nach der Gesetzesbegründung soll das Alter des Standorts deshalb für den Vorrang maßgeblich sein,

„weil sonst hierdurch die als Einzelkaufmann geführten Familienbetriebe einen Nachteil hätten. Aufgrund der personenbezogenen Erlaubnisse gemäß § 33i GWo muss bei jedem Generationswechsel eine neue Erlaubnis eingeholt werden, während bei juristischen Personen keine neue Erlaubnis benötigt wird.“

Offenbar geht der Hamburgische Gesetzgeber davon aus, dass es sich bei den Altspielhallen in Hamburg ganz überwiegend um Familienbetriebe handelt, die über die Jahre und Jahrzehnte im Rahmen von Generationenwechseln innerhalb der Familien weitergereicht wurden und auch heute noch von diesen betrieben werden.

Bereits dieser Ansatz geht völlig an der Realität vorbei. Tatsächlich dürften die vom Gesetzgeber angenommenen Fälle im

gesamten Gebiet der Hansestadt Hamburg an einer Hand abzuzählen sein. Die weitaus überwiegende Zahl der Altspielhallen, bei denen es auf das Abstandsgebot ankommt, wird heute nicht mehr von Familienmitgliedern der einstigen „Gründer“ betrieben, sondern von Gründerfamilien fremden Personen oder Firmen.

Bereits aus diesem Grunde dürfte das Abstellen auf den „ältesten Spielhallenstandort“ als maßgebliches Auswahlkriterium, gemessen am Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG und an den Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrages, ins Leere laufen und einer gerichtlichen Prüfung kaum standhalten.

Das Auswahlkriterium der „ältesten Spielhalle“ ist ersichtlich willkürlich. Zu der Frage, ob das Kriterium der „ältesten Spielhalle“ alleiniges Auswahlkriterium für die Behörden im Falle konkurrierender Spielhallen sein darf, hat sich bereits der [Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg](#) im Urteil vom 17. Juni 2014, Az. 15/13, 1 VB 15/ 13, zitiert nach openJur 2014, 12977, Rdnr. 385, geäußert:

„Diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben genügende Maßstäbe lassen sich dem angegriffenen Gesetz durch Auslegung entnehmen. In § 51 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 und Satz 4 LGLüG werden für das Vorliegen einer unbilligen Härte Kriterien genannt, die auch für die Entscheidung über die Lösung einer Konkurrenz zwischen mehreren Spielhallenbetreibern maßgeblich sein können. Dort ist bestimmt, dass der Schutzzweck des Gesetzes und der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis zu berücksichtigen sind. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, ob eine Anpassung des Betriebes an die gesetzlichen Anforderungen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich oder mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar ist und Investitionen, die im Vertrauen auf den Bestand der nach Maßgabe des bisher geltenden Rechts erteilten Erlaubnis getätigt wurden, nicht abgeschrieben werden konnten (so ausdrücklich § 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG).

Aus dem letztgenannten Kriterium ergibt sich, dass von zwei konkurrierenden Spielhallen nicht zwingend die schon länger bestehende Spielhalle weiter betrieben werden darf. Denn die in diese getätigten Investitionen haben sich möglicherweise schon weiter amortisiert als diejenigen einer jüngeren Spielhalle.“

Diese Rechtssprechung wird von § 9 Abs. 4 HmbSpielhG, der allein darauf abstellt, welcher Spielhallenstandort der Ältere ist, geradezu konterkariert.

Die Regelung des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG, wonach die älteste Spielhalle Vorrang hat, verletzt die umliegenden Spielhallenbetreiber, die nicht die älteste Spielhalle haben, in ihren Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1 und aus Art. 12 Abs. 1 GG.

Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG fordern einen chancengleichen Zugang zu einer begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit. Dies gilt auch hinsichtlich der Auswahlentscheidung, welcher von mehreren konkurrierenden Betreibern seine bestehende Spielhalle weiterbetreiben darf. Der grundrechtliche Anspruch bezieht sich dabei nicht nur auf das Auswahlverfahren, sondern auch auf die Auswahlkriterien (vgl. [StGH für das Land Baden-Württemberg](#) · Urteil vom 17. Juni 2014 · Az. 15/13, 1 VB 15/13, Leitsatz 2).

Berufsausübungsregelungen müssen nicht nur den Anforderungen genügen, die sich unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG ergeben, sie müssen vielmehr auch sonst in jeder Hinsicht verfassungsgemäß sein und insbesondere den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG beachten (vgl. [BVerfGE 130, 131](#) – Juris Rn. 40). Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ergeben sich je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen

Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. Differenzierungen bedürfen stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich insbesondere aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben; denn dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, zu denen auch die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte freie Berufsausübung zählt, nachteilig auswirken kann (vgl. [BVerfGE 130, 131](#) – Juris Rn. 41).

Das konkrete Auswahlverfahren in Hamburg wird auch unter **Verletzung des Transparenzgebotes** durchgeführt, weil das Auswahlkriterium der ältesten Spielhalle gemäß § 9 Abs. 4 HmbSpielhG mit den Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrages nicht in Einklang steht.

Ausschlaggebend für die Einhaltung des Transparenzgebotes sind die im Glücksspielstaatsvertrag aufgestellten und von der Behörde anzuwendenden Auswahlkriterien. Durch diese Kriterien erfolgt eine Objektivierung des Verfahrens. Ihre Anwendung stellt sicher, dass die Auswahl nicht auf subjektiven Präferenzen der Behörde beruht, sondern auf den von den Kriterien erfassten objektiven Gesichtspunkten. Die maßgeblichen Entscheidungskriterien müssen dabei so klar, präzise und eindeutig formuliert werden, dass alle interessierten Bewerber mit der üblichen anzulegenden Sorgfalt die genaue Bedeutung dieser Kriterien verstehen und beurteilen können, was von ihnen im Hinblick auf den Erfolg einer Bewerbung verlangt werden wird.

Hieran gemessen ist das in § 9 Abs. 4 HmbSpielhG genannte

maßgebliche Auswahlkriterium nicht sachgerecht.

Ein Auswahlkriterium mit dem Inhalt, dass bei konkurrierenden Spielhallen, die den Mindestabstand von 500 Metern nicht einhalten, die ältere Spielhalle den Vorrang erhält, bedeutet, dass für die Auswahlentscheidung ausschlaggebend am Ende allein das Alter des Spielhallenstandorts sein soll. Nach § 1 GlüStV kommt es jedoch darauf nicht an. In § 1 GlüStV heißt es:

„Ziele des Staatsvertrages sind gleichrangig

- 1. das Entstehen von Glücksspielsucht und Wettsucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen,*
- 2. durch ein begrenztes, eine geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel darstellendes Glücksspielangebot den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken sowie der Entwicklung und Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten entgegenzuwirken,*
- 3. den Jugend- und den Spielerschutz zu gewährleisten,*
- 4. sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß durchgeführt, die Spieler vor betrügerischen Machenschaften geschützt, die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleitkriminalität abgewehrt werden und*
- 5. ...“*

Nach § 9 Abs. 4 HmbSpielhG ist hingegen bei konkurrierenden Spielhallen einziges Auswahlkriterium das Alter des Spielhallenstandortes. Damit hat die Auswahlentscheidung einen von den Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrages abweichenden Weg gewählt. Diese Gewichtung lässt sich angesichts der klaren Vorgaben des GlüStV nicht rechtfertigen.

Bevor die Behörden in Hamburg eine zulässige Auswahlentscheidung treffen können, wird die Politik durch

Änderung des HmbSpielhG neue Auswahlkriterien festzulegen haben, die insbesondere dem Schutzzweck des Gesetzes Rechnung tragen und die nicht nur den Anforderungen genügen, die sich unmittelbar aus [Art. 12](#) Abs. 1 GG ergeben, sondern die vielmehr auch sonst in jeder Hinsicht verfassungsgemäß sind und insbesondere den allgemeinen Gleichheitssatz des [Art. 3](#) Abs. 1 GG beachten (vgl. [BVerfGE 130, 131](#) – Juris Rn. 40).

Die neu zu treffende Auswahlentscheidung wird dabei auch die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu berücksichtigen haben, wonach bei der erforderlichen Auswahlentscheidung zusätzlich Erlaubnisansträge neu in den Markt eintretender Bewerber einzubeziehen sind (BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 07. März 2017 – 1 BvR 1314/12 – Rn. 185).

Nach dieser Rechtsprechung dürfte eine standortbezogene Anknüpfung der Erlaubniserteilung allenfalls dann zulässig sein, wenn sich auch neu in den Markt eintretende Bewerber auf den jeweiligen Spielhallenstandort bewerben können und diese bei der jeweiligen Auswahlentscheidung berücksichtigt werden.

Die derzeitige gesetzliche Regelung in § 9 Abs. 4 HmbSpielhG sowie die Anwendungspraxis der Behörden, wie sie durch Spielhallen-Weiterbetriebserlaubnisverordnung vorgegeben ist, schließen es hingegen aus, dass andere Bewerber als der jeweilige Betreiber einer Spielhalle an einem Standort die Erlaubnis zum Betrieb der Spielhalle an diesem Standort erhalten.

Mit der durch § 9 Abs. 4 HmbSpielhG vorgegebenen Erlaubniserteilung für Bestandsspielhallen wird daher der vom Bundesverfassungsgericht mit Entscheidung vom 07.03.2017 eingeforderte Marktzugang für externe Bewerber schon im Ansatz ausgeschlossen.

Nach alledem dürfte die starre Auswahlregel des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG einer verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nicht

standhalten.

Für diejenigen Betreiber von Spielhallen, die nicht die jeweils älteste Spielhalle betreiben, dürfte die zu erwartende Erlaubniserteilung an den konkurrierenden Betreiber der ältesten Spielhalle mit erheblichen Rechtsnachteilen verbunden sein. Das Risiko, mangels Spielhallenerlaubnis ab dem 01.07.2017 fortan ein illegales Glücksspiel i.S.d. § 284 StGB zu betreiben, unter anderem mit der möglichen Rechtsfolge des erweiterten Verfalls nach § 286 StGB, ist ihnen kaum zuzumuten.

Ich habe daher in Zusammenarbeit mit dem Kollegen Rechtsanwalt Karpenstein bereits in der vergangenen Woche für einen Mandanten beim Verwaltungsgericht Hamburg einen Eilantrag nach § 123 VwGO gestellt, mit dem Ziel, das Gericht möge der zuständigen Behörde im Wege der einstweiligen Anordnung einstweilen untersagen, dem Betreiber der (älteren) Konkurrenzspielhalle die Erlaubnis zum Betrieb der Spielhalle für die Zeit ab 01.07.2017 zu erteilen, solange nicht über den Erlaubnisantrag meines Mandanten bestandskräftig entschieden ist.

Weitere Eilanträge an das Verwaltungsgericht werden in den nächsten Tagen folgen, es sei denn, die Bezirksämter in Hamburg lenken nun rasch ein und erklären, dass sie bei konkurrierenden Spielhallen keine Erlaubnisse erteilen werden, solange das Verwaltungsgericht nicht in dem als Musterverfahren geltenden Eilverfahren eine Entscheidung getroffen hat.