

## A. Ergebnisse in 14 Thesen

1. Mit Mindestabstandsgeboten zwischen Spielhallen verfolgen die Landesgesetzgeber drei Ziele: Sie wollen erstens die Verfügbarkeit des Automatenspiels einschränken, um pathologischem und problematischem Spiel vorzubeugen sowie pathologisches und problematisches Spiel zu bekämpfen (Verfügbarkeitsbeschränkung). Die Gesetzgeber möchten zweitens dem Spieler vor Betreten der nächsten Spielhalle die Gelegenheit geben, während einer Spielpause „abzukühlen“ („Abkühlungsgewährleistung“). Drittens möchten die Länder die Konzentration von Spielhallen an ein und demselben Ort verhindern (Ballungsvermeidung). Vereinzelt kommt hinzu, dass Mindestabstandsregelungen es dem Personal der Spielhalle erleichtern sollen, jenes problematische Spielverhalten zu erkennen, das bei einem „zügigen Wechsel“ zwischen zwei Spielhallen verborgen bliebe (Kontrollverbesserung).
2. Mindestabstandsgebote greifen verfassungsrechtlich in die Berufs- und Eigentumsfreiheit der Spielhallenbetreiber ein. Sie stellen objektive Berufswahlregelungen dar und unterliegen deshalb gesteigerten Rechtfertigungsanforderungen. Unionsrechtlich betrachtet, beschränken Mindestabstandsgebote vor allem die Dienstleistungsfreiheit.
3. Verfassungs- und Unionsrecht stellen Anforderungen an Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweispflichten, die den Gesetzgeber treffen. Die Anforderungen unterscheiden sich inhaltlich. Gemäß Grundgesetz „schuldet“ der Gesetzgeber (von hier nicht einschlägigen Ausnahmen aus der Rechtsprechung abgesehen) „nur das Gesetz“. Der Gesetzgeber muss keine empirischen Studien eigens in Auftrag geben, sondern es genügt – so das BVerfG –, die ohnehin zugänglichen Erkenntnisquellen auszuschöpfen.  
Das Unionsrecht verlangt dagegen, dass beschränkende Maßnahmen des Gesetzgebers „von einer Untersuchung zur Zweckmäßigkeit und zur Verhältnismäßigkeit [...] begleitet“ werden. Der Mitgliedstaat ist danach, so der EuGH, gezwungen, dem Gericht, das eine Norm überprüft, „alle Umstände“ vorzulegen, welche die Richter zur Überprüfung der Verhältnismäßigkeit einer Regelung kennen müssen. Die Untersuchung hat sich dabei auf die Besonderheiten gerade dieses

## A. Ergebnisse in 14 Thesen

Mitgliedstaats zu beziehen und den Schluss des Gesetzgebers zu tragen. Die Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweispflichten muss der Mitgliedstaat nicht schon während des Gesetzgebungsverfahrens, sondern erst anschließend in einem allfälligen Gerichtsverfahren erfüllen. Vor Gericht trifft die „Beweislast“ (Generalanwalt *Mengozzi*) den Mitgliedstaat.

4. Gesetzgebung und Rechtsprechung halten Mindestabstandsregeln für verfassungskonform. Diese Einschätzung ist größtenteils ohne Berücksichtigung der neueren Entwicklungen erfolgt, die zu dieser Analyse Anlass gaben: der Zulassung des virtuellen Automatenspiels, der Anschlusspflicht an das bundesweite, spielformübergreifende Sperrsystem, der Zutrittskontrolle am Eingang von Spielhallen und der Möglichkeit akkreditierter Zertifizierung.  
Die herrschende Lehre geht von der Verfassungswidrigkeit der Mindestabstandsregelungen aus. Sie führt insbesondere an, dass ein „Abkühlungseffekt“ nicht belegt sei. Ein Verstoß gegen das Unionsrecht ergebe sich daraus, dass keine empirischen Daten nachwiesen, dass Mindestabstandsgebote zwischen Spielhallen die Prävalenz von Glücksspielstörungen senkten.
5. Mindestabstandsgebote fallen gem. Art. 70 Abs. 1 GG in die Kompetenz der Länder, soweit sie der Spielsuchtprävention und -bekämpfung dienen. Das Ziel der Ballungsvermeidung zu verwirklichen, ist als solches Gegenstand des „Rechts des Bodens“ und gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG dem Bundesgesetzgeber vorbehalten. Den Landesgesetzgebern fehlt insoweit die Gesetzgebungskompetenz gem. Art. 72 Abs. 1 GG, weil der Bund im Bauplanungsrecht die Ballungsvermeidung von Vergnügungsstätten gem. § 9 Abs. 2b BauGB abschließend geregelt hat. Mindestabstandsgebote im Landesrecht müssen deshalb von Verfassung wegen im Schwerpunkt andere Ziele verfolgen als das städtebauliche Ziel der Ballungsvermeidung.
6. Ob Mindestabstandsgebote zur Verfügbarkeitsbeschränkung und zur „Abkühlungsgewährleistung“ den unionsrechtlichen Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweispflichten genügen können, ist offen. Nach derzeitiger Studienlage können hierzulande die Gesetzgeber im Mitgliedstaat, den insofern die Beweislast trifft, die Pflichten jedenfalls nicht erfüllen.

- a) Mindestabstandsgebote zur Verfügbarkeitsbeschränkung setzen voraus, dass Glücksspielverfügbarkeit und Störungsprävalenz in einem ursächlichen Zusammenhang stehen. Mit Blick auf diesen Zusammenhang kommen die empirischen Studien zu unterschiedlichen Ergebnissen. Ein Teil der Studien geht davon aus, dass die Verfügbarkeit mitursächlich für Spielsucht sei (Dependenz). Ein anderer Teil der Studien kommt zu dem Ergebnis, dass ein solcher Zusammenhang nicht nachweisbar sei (Independenz). Verfassungsrechtlich durften die Gesetzgeber, denen eine Einschätzungsprärogative zusteht, unter diesen Umständen ihrer Regelung die (bestrittenen) Nachweise der Dependenz zu Grunde legen. Unionsrechtlich dagegen trifft den Gesetzgeber in einem gerichtlichen Verfahren die Beweislast, den behaupteten Zusammenhang zu belegen. Aufgrund derzeitiger Studienlage kann der Gesetzgeber den Zusammenhang nicht nachweisen. Es liegen nur bestrittene Untersuchungen aus dem Ausland vor.
- b) Mindestabstandsgebote zur „Abkühlungsgewährleistung“ setzen einen „Abkühlungseffekt“ voraus. Doch dieser ist durch keine Studie belegt. Ob überhaupt und wenn ja, nach welcher Dauer der Pause eine „Abkühlung“ eintritt, wurde weder für Deutschland noch für das Ausland untersucht. Aufgrund derzeitiger Studienlage kann der Gesetzgeber den Zusammenhang also nicht nachweisen. Die bloße Behauptung eines „Abkühlungseffekts“ genügt keinesfalls, um die unionsrechtlichen Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweispflichten vor Gericht zu erfüllen.
7. Virtuelles Automatenspiel ist eine „Nachbildun[g]“ (§ 3 Abs. 1a S. 1 GlüStV 2021) des terrestrischen Automatenspiels. Zwischen den beiden Formen des Automatenspiels bestehen aus der Sicht des objektiven Durchschnittsspielers (Empfängerhorizont) Substitutionseffekte: Ein nennenswerter, weiter wachsender Teil der Spieler, der an terrestrischen Automaten spielt, spielt ebenso an virtuellen Automaten. Jeder Spieler kann und darf das Automatenspiel nach dem Verlassen einer Spielhalle virtuell fortsetzen. Auf dem Weg in die nächste Spielhalle geht das Spiel dann ohne Pause weiter, der Spieler „kühlt“ nicht „ab“, sondern bleibt – bildlich gesprochen – „auf Temperatur“. Mindestabstände sind deshalb ungeeignet, eine „Abkühlung“ zu gewährleisten. Auch die Verfügbarkeit des Automatenspiels beschränken Mindestabstände nicht, solange einem Spieler auf dem Weg von der einen Spielhalle in die andere das Automatenspiel virtuell zur Verfü-

gung steht. Schließlich erleichtern Mindestabstände es dem Spielhallenpersonal ebenso wenig zu überprüfen, wie lange ein Spieler, der virtuell automatenspielend zur Eintrittskontrolle erscheint, zuvor bereits gespielt hat, und erschweren sogar zu erkennen, ob sich ein Spieler zuvor bereits in einer anderen Spielhalle aufgehalten hat. In Zeiten des virtuellen Automatenspiels lassen sich Mindestabstände zwischen Spielhallen daher weder mit dem Ziel der „Abkühlungsgewährleistung“ noch mit dem Ziel der Verfügbarkeitsbeschränkung noch mit dem Ziel der Kontrollverbesserung rechtfertigen.

8. Die Gesetzgeber regeln das virtuelle und das terrestrische Automatenspiel quantitativ und qualitativ. Eine quantitative Regelung zielt auf die zahlenmäßige Begrenzung des Glücksspielangebots. Eine qualitative Regelungen macht die Zulassung eines Anbieters von näher bestimmten inhaltlichen Anforderungen abhängig. Die qualitativen Anforderungen betreffen insbesondere den Inhalt und den Ablauf des Automatenspiels.

Das virtuelle Automatenspiel kennt ein Pendant zum Mindestabstand: die Wartezeit (§ 6h Abs. 4 S. 1 GlüStV 2021). Die Vorgaben des Mindestabstands und der Wartezeit sind aber nicht hinreichend aufeinander abgestimmt. Bei virtuellem Automatenspiel erlaubt die Wartezeit von fünf Minuten den Neubeginn des Spiels typischerweise nach einer Pause, die kürzer ausfällt als bei dem terrestrischen Automatenspiel und dessen Mindestabständen.

Während das Mindestabstandsgebot für das terrestrische Automatenspiel Spielpausen mittels einer objektiven Berufswahlregelung vorschreibt (oben These 2), bewirkt das Wartezeitgebot für das virtuelle Automatenspiel Spielpausen bloß mittels einer Berufsausübungsregelung über den Spielablauf. Von den Parallelen des virtuellen zum terrestrischen Automatenspiel, welche die Vertragsparteien anführen, trägt nur die Dauer der Spielpausen des terrestrischen Spiels gem. § 13 Nr. 6, 6a SpielV, nicht aber die „typisiert[e] Annahme der Dauer des Wechsels zwischen zwei Spielhallen“. Damit beschränkt das Mindestabstandsgebot die Anbieter des terrestrischen Automatenspiels stärker als die zweckgleiche Wartezeitvorgabe die Anbieter des virtuellen Automatenspiels, obwohl das virtuelle Automatenspiel nach den Annahmen von Rechtsprechung und Glücksspielstaatsvertragsparteien ein höheres Glücksspielstörungspotenzial aufweist als das terrestrische.

9. Rechtsfolge der Gleichheitsverstöße ist, dass die Gesetzgeber in den betroffenen Ländern das Mindestabstandsgebot neu regeln müssen. Dabei kann das virtuelle Automatenspiel schon tatsächlich keinem Mindestabstandsgebot unterworfen werden: Virtualität kennt keine räumlichen Entfernung. Der Gleichheitsverstoß lässt sich auch nicht dadurch beseitigen, dass der Gesetzgeber im virtuellen Automatenspiel die Wartezeiten verlängert. Denn dann wanderten die Spieler in den illegalen Markt ab und der Gesetzgeber verstieße gegen den Kanalisierungsauftrag des § 1 S. 1 Nr. 2 GlüStV 2021. Aus den genannten tatsächlichen und rechtlichen Gründen bleibt den Gesetzgebern nur ein Weg, dem Gleichheitsgebot zu genügen, die „Flucht der Spieler in die Illegalität“ zu verhindern und die Kohärenz bzw. Konsistenz virtuellen und terrestrischen Automatenspiels herzustellen: Sie müssen das terrestrische Automatenspiel quantitativ liberalisieren, d.h. konkret die Mindestabstände zwischen Spielhallen innerhalb der Grenzen der Typisierungsbefugnis mindestens verkürzen.
10. Der Spielerschutz kann Eingriffe in die Berufsfreiheit der Spielhallenbetreiber rechtfertigen. Die Maßnahmen dürfen nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgebots freilich nur so weit reichen, wie es zum Schutz der Spieler erforderlich ist. Unterstellt man, dass zu einem gegebenen Zeitpunkt  $t_0$  die Maßnahmen gerade so weit reichen, wie es zum Schutz der Spieler erforderlich ist, ohne die Berufsfreiheit eines Spielhallenbetreibers auf verfassungswidrige Weise zu beschränken, hat das Folgen für den Fall, dass der Gesetzgeber zu einem späteren Zeitpunkt  $t_1$  weitere berufsbeschränkende Schutzmaßnahmen ergänzt: Um die Beschränkung der Berufsfreiheit über das erforderliche Maß hinaus zu vermeiden, muss der Gesetzgeber eine andere berufsbeschränkende Schutzmaßnahme entsprechend verringern. Die berufsbeschränkenden Schutzmaßnahmen verhalten sich insoweit wie korrespondierende Röhren.
11. Der GlüStV 2021 führt für Spielhallenbetreiber verpflichtende Zutrittskontrollen und ein Spielersperrsystem ein. Dieses Sperrsystem gilt bundesweit anbieter- und spielformübergreifend. Indem das Sperrsystem die physische und soziale Verfügbarkeit des Automatenspiels einschränkt, erhöht es den Spielerschutz und verbessert die Prävention und Bekämpfung pathologischen und problematischen Glücksspiels. Diese Steigerungen des Spielerschutzes haben Folgen für die Mindestabstandsgebote. Unterstellt man, die Gesetzgeber haben die Mindest-

## A. Ergebnisse in 14 Thesen

abstände vor dem Inkrafttreten des GlüStV 2021 so bemessen, dass der Spielerschutz ausreichend war, muss die Steigerung des Spielerschutzes durch das Sperrsystem zumindest die Verringerung der Mindestabstände zur Folge haben. Ohne eine solche Verringerung sind die Mindestabstandsgebote seit dem 1. Juli 2021 unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig geworden.

Selbst falls der Spielerschutz vor Inkrafttreten des GlüStV 2021 unzureichend war, wirkt sich die Verschärfung der Zugangskontrolle auf das Mindestabstandsgebot aus. Ein Mindestabstandsgebot zur „Abkühlungsgewährleistung“ ist nach geltendem Recht keinesfalls mehr erforderlich. Die Eintrittskontrolle mit der Prüfung der Identität und dem Abgleich mit der Sperrdatei verkörpert die Zäsur, wie sie die „Abkühlungsphase“ gewährleisten soll, geradezu physisch und damit viel eindringlicher und wirkungsvoller als schlichter Zeitablauf es vermag. Die Eingangskontrolle, bei der ein Spieler auch abgewiesen werden kann, macht dem Spieler klar, dass er gerade nicht „einfach weiterspielt“, sondern dass das Spiel ohne seine bewusste Entscheidung, ohne eine erneute Überprüfung seiner Identität und seiner Zugangsberechtigung an einem anderen Ort und ohne die Zutrittsgewährung durch das Spielhallenpersonal nicht von vorn beginnt. Zusätzlich zu einer solchen Eintrittskontrolle Mindestabstände zur „Abkühlungsgewährleistung“ vorzusehen, ist nicht erforderlich, jedenfalls aber unangemessen.

12. Akkreditierte Zertifizierungen tragen dazu bei, Spieler vor problematischem und pathologischem Glücksspiel zu schützen. Als subjektive Berufszulassungsregelungen bzw. – je nach Ausgestaltung – als Berufsausübungsregelungen belasten sie die Spielhallenbetreiber weniger als Mindestabstandsgebote, die wie objektive Berufszulassungsregelungen wirken. Lässt ein Spielhallenbetreiber seine Spielhalle zertifizieren, steigert er das Schutzniveau, das er seinen Kunden bietet. Die Steigerung des Schutzniveaus in der Spielhalle bewirkt, dass der Mindestabstand zur nächsten Spielhalle auch unter dem Gesichtspunkt des Spielerschutzes entsprechend kürzer ausfallen darf.
13. § 29 Abs. 4 S. 1 GlüStV 2021 erlaubt es den Landesgesetzgebern nur, Ausnahmen für (bis zu drei) Bestandsspielhallen in demselben Gebäude oder Gebäudekomplex zuzulassen. Außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Ausnahme verbleibt es bei der Regel des § 25 Abs. 1, 2 GlüStV 2021: Es gelten Mindestabstandsgebot und Verbundverbot.

Ausnahmen für Spielhallen einzuführen, die zwar innerhalb der Mindestabstände liegen, aber weder Bestandsspielhallen noch in einem anderen Gebäude oder Gebäudekomplex angesiedelt sind oder werden sollen (Spielhallen in Abstandskonkurrenz), bleibt staatsvertraglich verboten.

Dieses Verbot benachteiligt Einzelspielhallen in Abstandskonkurrenz, obwohl von diesen nach Ansicht der Landesgesetzgeber und der Rechtsprechung eine geringere Gefahr ausgeht als von Mehrfachspielhallen. Ein sachlicher Grund für diese Benachteiligung ist nicht ersichtlich, eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift ausgeschlossen. Länder, die eine Regelung nach dem Vorbild des § 29 Abs. 4 S. 1 GlüStV 2021 in das Landesrecht übernommen haben, benachteiligen akkreditiert zertifizierte Einzelspielhallen in Abstandskonkurrenz in der beschriebenen Weise und sind deshalb verfassungswidrig, aber nicht nichtig. Sofern ein Gesetzgeber bereits Normen erlassen hat, die dem Vorbild des § 29 Abs. 4 S. 1 GlüStV 2021 entsprechen, ist dies ein Schritt in Richtung Verfassungsmäßigkeit. Daher gilt eine solche Norm fort. Vorrangig kommt es nicht auf die Anpassung des Staatsvertrags an, sondern müssen die Länder ihre Ausführungsbestimmungen ändern: Hat ein Land nur die Wahl, entweder gegen einen Staatsvertrag oder gegen das Grundgesetz zu verstößen, muss es die Vorgaben des Grundgesetzes einhalten und gegen den Staatsvertrag verstößen. Das gebietet die Normenhierarchie.

14. Die Gesetzgeber, die nur in Grenzen typisieren dürfen, haben im Fall der Mindestabstände zwischen 100 und 500 Metern ihre Einschätzungsprärogative überschritten. Der Gesetzgeber darf nicht „ins Blaue hinein“ entscheiden, sondern muss von einer „möglichst breiten, alle betroffenen Gruppen und Regelungsgegenstände einschließenden Beobachtung“ ausgehen. Beobachtungen, Untersuchungen oder Belege dafür, ob und wann ein Spieler „abkühlt“, gibt es indes keine. Wann eine Spielhalle außer Sichtweite gerückt ist, hängt regelmäßig von der Art der Bebauung und der Dichte der Besiedelung ab. Weil die Art der Bebauung und die Dichte der Besiedelung jedenfalls in Flächenländern stark variieren, lässt sich der Mindestabstand insofern nicht für das gesamte Landesgebiet einheitlich festsetzen, sondern muss der Gesetzgeber den Regelfall unterschiedlicher Arten der Bebauung und unterschiedlicher Dichte der Besiedelung berücksichtigen.