

## D. Vorgaben höherrangigen Rechts

### I. Vorgaben des Verfassungsrechts

#### 1. Grundrechte

##### a) Berufs- und Eigentumsfreiheit

Als verfassungsrechtliche Vorgabe kommt vor allem die Berufsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht.<sup>311</sup> Beruf in diesem Sinn ist jede Erwerbstätigkeit, die auf Dauer angelegt ist sowie der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient.<sup>312</sup> Der Betrieb einer Spielhalle stellt einen Beruf dar.<sup>313</sup> Ist es eine inländische juristische Person des Privatrechts, welche die Spielhalle betreibt, kann sie sich auf das Grundrecht gem. Art. 19 Abs. 3 GG i.V.m. Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Es ist anerkannt, dass die Berufsfreiheit ihrem Wesen nach auch auf juristische Personen des Privatrechts anwendbar ist.<sup>314</sup> Entgegen dem Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 GG, der in Satz 1 nur die Berufswahlfreiheit schützt und in Satz 2 nur die Regelung der Berufsausübung ermöglicht, geht die herrschende Meinung davon aus, dass das Grundrecht einen einheitlichen Schutzbereich der

---

311 Da die Mindestabstände – wie dargestellt – in Landesgesetzen enthalten sind, müssen sie sich auch an Landesverfassungsrecht messen lassen. Allerdings bieten die Landesverfassungen hier keinen weitergehenden Schutz als das Grundgesetz, s. *Hufen*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 20. Ihre Betrachtung klammert dieses Gutachten deshalb aus.

312 St. Rspr. s. nur BVerfGE 105, 252 (265); 115, 276 (300); 126, 112 (136); 145, 20 (Rn. 120).

313 Für Spielbankenbetreiber BVerfGE 102, 197 (212 f.); für Spielhallenbetreiber BVerfGE 145, 20 (Rn. 127); *Dietlein*, ZfWG 2008, S. 77 (78); *ders./Peters*, in: Gebhardt/Korte (Hrsg.), Glücksspiel, 2. Aufl. 2018, S. 247 (Rn. 17); *Hufen*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 22 f.; *Krüper*, GewArch 2017, S. 257 (262); *Makswit*, Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht, 2015, S. 253 ff.; *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth (Hrsg.), Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 11 (24); *Waldhoff*, GewArch 2018, S. 133 (133).

314 Allgemein BVerfGE 105, 252 (265); 144, 196 (244); konkret für Spielhallenbetreiber BVerfGE 145, 20 (Rn. 127); *Bickenbach*, ZfWG Sonderbeilage 2/2017, S. 11 (14); *Hufen*, Die Einschränkung des gewerblichen Geld-Gewinnspiels, 2012, S. 23.

Berufswahl und -ausübung erfasst.<sup>315</sup> Mindestabstandsregelungen greifen in die Berufsfreiheit ein.

Für einen verfassungsrechtlich gerechtfertigten Eingriff in ein Grundrecht ist eine gesetzliche Grundlage notwendig, die formell und materiell verfassungsgemäß ist.<sup>316</sup> Voraussetzung ist insbesondere, dass der Eingriff verhältnismäßig ausfällt. Verhältnismäßig ist eine staatliche Maßnahme nur, wenn sie ein legitimes Ziel auf geeignete, erforderliche und angemessene Weise verfolgt.<sup>317</sup> Geeignet in diesem Sinn ist eine Maßnahme, wenn sie das angestrebte Ziel zumindest fördert,<sup>318</sup> erforderlich ist sie, wenn es kein milderes Mittel gleicher Eignung gibt,<sup>319</sup> und angemessen, wenn das verfolgte Ziel zu dem eingeschränkten Grundrecht nicht außer Verhältnis steht.<sup>320</sup>

Wie bedeutend das Ziel sein muss, das der Gesetzgeber verfolgt, richtet sich nach der Schwere des Eingriffs, den der Gesetzgeber vorsieht. Nach dem Kriterium steigender Belastungswirkung unterscheidet das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) mit Blick auf die Berufsfreiheit insofern drei Stufen (sog. Drei-Stufen-Lehre):

1. Berufsausübungsregelungen betreffen das „Wie“ der Berufstätigkeit.
2. Subjektive Berufswahlregelungen gelten dem „Ob“ der Berufstätigkeit und knüpfen an Voraussetzungen an, die in der Person des Berufstätigen liegen.
3. Objektive Berufswahlregelungen betreffen gleichfalls das „Ob“ der Berufstätigkeit, knüpfen aber an Anforderungen an, die der Grundrechtsträger nicht beeinflussen kann.<sup>321</sup>

Die Stufenfolge zeitigt Konsequenzen für die Prüfung der Erforderlichkeit: Berufsausübungs- wirken milder als subjektive Berufswahlregelungen, und

---

315 S. nur BVerfGE 7, 377 (401 ff.); 9, 338 (344 ff.); 102, 197 (212); *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts VIII, § 170 Rn. 56 f.; *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 16. Aufl. 2020, Art. 12 Rn. 1a; *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 47. Edition, Stand: 15.05.2021, Art. 12 Rn. 18.

316 Statt vieler die Übersicht bei *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 37. Aufl. 2021, Rn. 469.

317 Statt vieler *Manssen*, Staatsrecht II, 18. Aufl. 2021, Rn. 215 ff.

318 Statt vieler *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 37. Aufl. 2021, Rn. 400; krit. zur Weite der Definition *Hartmann*, Öffentliches Haftungsrecht, 2013, S. 37.

319 S. nur BVerfGE 30, 292 (316); 126, 112 (144 f.); 135, 90 (118); *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2020, § 24 Rn. 41.

320 S. zur Angemessenheit nur *Ipsen*, Staatsrecht II, 22. Aufl. 2019, Rn. 193; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte, 37. Aufl. 2021, Rn. 406.

321 S. zum Ganzen BVerfGE 7, 377 (405 ff.); *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), GG, 16. Aufl. 2020, Art. 12 Rn. 33 ff.

subjektive Berufswahl- wirken milder als objektive Berufswahlregelungen. Kann der Gesetzgeber also einen Sachverhalt bei gleicher Eignung des Mittels auf niedrigerer Stufe regeln, erweist sich die Regelung auf der höheren Stufe nicht als erforderlich und deshalb als verfassungswidrig.<sup>322</sup>

Die Stufenfolge zeitigt außerdem Konsequenzen für die Prüfung der Angemessenheit: Berufsausübungsregelungen sind nach dieser Rechtsprechung bereits gerechtfertigt, wenn der Eingriff aufgrund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen zweckmäßig ist.<sup>323</sup> Subjektive Berufswahlregelungen sind dagegen nur zum Schutz überragender Gemeinschaftsgüter zulässig.<sup>324</sup> Objektive Berufswahlregelungen verlangen sogar, dass eine staatliche Maßnahme der Abwehr schwerer Gefahren dient, die einem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut nachweisbar oder höchstwahrscheinlich drohen.<sup>325</sup>

In Abgrenzung zu der Berufsfreiheit, die auf den (beruflichen) Erwerb abstellt, schützt die Eigentumsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 GG nach einer bekannten Faustformel alles Erworbenes.<sup>326</sup> Nach überwiegender Ansicht, zu der sich das BVerfG allerdings noch nicht geäußert hat, schützt Art. 14 Abs. 1 GG auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.<sup>327</sup> Dementsprechend schützt die Eigentumsfreiheit Bestandsspielhallen, die durch die Abstandsregelungen keine Genehmigung mehr erhalten können und nach Ablauf einer Übergangsfrist nicht weiter betrieben werden dürfen.<sup>328</sup> Weitere Anforderungen als aus der Berufsfreiheit ergeben sich jedoch im hier betrachteten Fall nicht.<sup>329</sup> Die Eigentumsfreiheit wird daher in der folgenden Betrachtung nicht gesondert behandelt.

---

322 BVerfGE 7, 377 (408); *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 135.

323 BVerfGE 7, 377 (405 f.); *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 47. Edition, Stand: 15.05.2021, Art. 12 Rn. 94.

324 BVerfGE 69, 209 (218); 103, 172 (183); *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), 16. Aufl. 2020, Art. 12 Rn. 46.

325 BVerfGE 7, 377 (408); *Jarass*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), 16. Aufl. 2020, Art. 12 Rn. 48; *Mann*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 12 Rn. 133; *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rn. 14.

326 BVerfGE 30, 292 (334 f.); 31, 8 (32); 38, 61 (102); *Scholz*, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG, Art. 12 Rn. 147, Stand: 93. EL Oktober 2020; erstmals *Wittig*, FS G. Müller, 1970, S. 575 (590 in Fn. 67).

327 *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth (Hrsg.), Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 11 (25 ff.); *Shirvani*, ZfWG 2017, S. 95 (97).

328 BayVerfGH, ZfWG 2013, S. 253 (260 f.).

329 S. nur BVerfGE 145, 20 (Rn. 169).

## b) Gleichheitssatz

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, wesentlich Gleiches gleich zu behandeln.<sup>330</sup> Die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung setzt das Vorliegen eines sachlichen Grundes voraus. Der Gleichheitssatz ist nur bei Ungleichbehandlungen anwendbar, die derselbe Hoheitsträger vornimmt: In der föderalen Ordnung der Bundesrepublik ist die Verfolgung unterschiedlicher Politiken durch Bund und Land oder durch verschiedene Länder keine zu rechtfertigende Ungleichbehandlung, sondern – wie die Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen auf Bund und Länder zeigt – von Verfassung wegen gewollt.<sup>331</sup> Das dogmatische Argument ist letztlich ein systematisches: Art. 3 Abs. 1 GG kann, im Zusammenspiel mit Art. 70 ff. GG, nicht so verstanden werden, als müssten siebzehn verschiedene Gesetzgeber stets Regelungen gleichen Inhalts treffen.<sup>332</sup> Der eine Gesetzgeber kann daher von der Gesetzgebung eines anderen Gesetzgebers auch ohne sachlichen Grund abweichen.<sup>333</sup>

Auf die unterschiedlichen Mindestabstände in verschiedenen Landesgesetzen bezogen, findet der Gleichheitssatz deshalb keine Anwendung.<sup>334</sup> Ein Spielhallenbetreiber in Baden-Württemberg (Mindestabstand: 500 Meter)<sup>335</sup> kann sich vor Art. 3 Abs. 1 GG nicht darauf berufen, gegenüber einem Spielhallenbetreiber in Niedersachsen (Mindestabstand regelmäßig: 100 Meter)<sup>336</sup> gleichheitswidrig benachteiligt zu werden. Sehr wohl gilt der Gleichheitssatz aber und entsteht Rechtfertigungsbedarf, wenn derselbe Gesetzgeber Spielhallenbetreiber bei der Automatenaufstellung gegen-

330 S. nur *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt u.a. (Hrsg.), GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 40.

331 *Hartmann/Jansen*, in: Hartmann (Hrsg.), Hausarbeit im Staatsrecht, 4. Aufl. 2020, S. 246 (Rn. 78).

332 *Hartmann/Jansen*, in: Hartmann (Hrsg.), Hausarbeit im Staatsrecht, 4. Aufl. 2020, S. 246 (Rn. 78).

333 *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 793; *Hartmann*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 97 (117); *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth (Hrsg.), Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 11 (27); *Wollenschläger*, in: v. Mangoldt u.a. (Hrsg.), GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 1 Rn. 68.

334 BVerfGE 106, 62 (145); 114, 371 (383); 138, 261 (Rn. 61); 145, 20 (Rn. 123); *Epping*, Grundrechte, 9. Aufl. 2021, Rn. 793.

335 S. bei Fn. 67.

336 S. bei Fn. 120.

über Spielbanken<sup>337</sup> oder Gaststättenbetreibern im selben Land benachteiligt.

## 2. Insbesondere Konsistenzgebot

Das Grundgesetz verpflichtet den Gesetzgeber, der das Glücksspielrecht regelt, eine konsistente Regelung zu treffen.<sup>338</sup> Eingriffe sind „konsistent“<sup>339</sup>, d.h. „konsequent“<sup>340</sup> am gesetzgeberischen Ziel auszurichten.<sup>341</sup> Das Gebot, welches das BVerfG näher beschrieben hat und das seinem Inhalt nach ein Gleichheitsrecht ist<sup>342</sup>, schränkt den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ein.<sup>343</sup> Es formuliert eine Rechtfertigungsvoraussetzung, die als verfassungsrechtliches Gebot sowohl für Eingriffe in Freiheitsrechte (Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG) als auch für Ungleichbehandlungen im Sinn des Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) gilt.<sup>344</sup>

Das BVerfG hat das Konsistenzgebot als Gebot sektoraler (vertikaler) Konsistenz beschrieben. Dementsprechend verlangt die Rechtsprechung nur, dass innerhalb eines Glücksspielsektors die Regelungen konsequent an den Zielen des Gesetzgebers ausgerichtet sind. Glücksspielsek-

---

337 *Pieroth/Kolbe*, in: Hartmann/Pieroth (Hrsg.), *Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht*, 2013, S. 11 (27).

338 S. dazu BVerfGE 115, 276 (310 ff.); *Dietlein/Peters*, in: Gebhardt/Korte (Hrsg.), *Glücksspiel*, 2. Aufl. 2018, S. 247 (Rn. 25 ff.); *Hartmann*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), *Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht*, 2013, S. 97 (116 ff.); *Maksowit*, *Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht*, 2015, S. 297 ff.

339 BVerfGE 115, 276 (319); BVerfGK 15, 263 (268, 270).

340 BVerfGE 115, 276 (310, 313, 319); BVerfGK 10, 525 (531); 15, 263 (268); BVerfGE 138, 201 (Rn. 32).

341 Grundlegend BVerfGE 115, 276 (310); s. zu beidem *Hartmann*, LKRZ 2013, S. 489 (491); *ders.*, in: Hartmann/Pieroth (Hrsg.), *Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht*, 2013, S. 97 (116 ff.).

342 Zu Herleitung und Inhalt s. nur *Hartmann*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), *Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht*, 2013, S. 97 (116 f.).

343 *Maksowit*, *Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht*, 2015, S. 298.

344 *Hartmann*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), *Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht*, 2013, S. 97 (116); a.A. *Maksowit*, *Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht*, 2015, S. 301 f.: nur Art. 3 Abs. 1 GG.

torenübergreifend hat das BVerfG das Konsistenzgebot (bisher)<sup>345</sup> nicht eingesetzt,<sup>346</sup> auch wenn vor allem *Dietlein* dem Spielhallenbeschluss des BVerfG<sup>347</sup> ein Glücksspielsektorenübergreifendes Konsistenzgebot entnimmt.<sup>348</sup> Dogmatisch auf Art. 3 Abs. 1 GG aufbauend, gilt das Konsistenzgebot nur gegenüber demselben Hoheitsträger.<sup>349</sup>

### 3. Legislative Einschätzungsprärogative und Empirie

Wie berichtet, ist umstritten, ob zwischen Glücksspielverfügbarkeit und Glücksspielstörung ein Zusammenhang besteht; die empirischen Studien sind uneindeutig.<sup>350</sup> Unstreitig empirisch nicht belegen lässt sich ein „Abkühlungseffekt“.<sup>351</sup> Vor diesem Hintergrund stellt sich verfassungsrechtlich die Frage, wie weit die legislative Einschätzungsprärogative reicht bzw., anders gewendet, ob überhaupt und wenn ja, wann und auf welche Weise der Gesetzgeber die beschriebene Studienlage berücksichtigen muss.

Nach einer in der Lehre vertretenen Ansicht treffen den Gesetzgeber verfassungsrechtliche Ermittlungspflichten.<sup>352</sup> Der Gesetzgeber müsse die verfügbaren Fakten zuverlässig ermitteln und die vorhandenen Informationen verwerten.<sup>353</sup> Vereinzelt wird die Vorgabe, empirische Daten zu erheben, auch aus einer „optimale[n] Methodik der Gesetzgebung als Verfassungspflicht“<sup>354</sup> abgeleitet.<sup>355</sup> Nach anderer Ansicht müsse ein Gesetzge-

---

345 S. zu dieser Einschränkung *Hartmann*, in: ders./Pieroth (Hrsg.), *Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht*, 2013, S. 97 (116 f.).

346 *Maksuit*, *Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht*, 2015, S. 299.

347 S. dazu bei Fn. 420.

348 *Dietlein*, *NVwZ* 2017, S. 1667 (1669); *ders./Peters*, in: *Gebhardt/Korte* (Hrsg.), *Glücksspiel*, 2. Aufl. 2018, S. 247 (Rn. 33 ff.).

349 *Hartmann*, in: *ders./Pieroth* (Hrsg.), *Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht*, 2013, S. 97 (117); s. zu Art. 3 Abs. 1 GG soeben bei Fn. 333 ff.

350 S. bei Fn. 239 ff. mit dem Ergebnis bei Fn. 269.

351 S. bei Fn. 270 ff. mit dem Ergebnis nach Fn. 288.

352 *Steinbach*, *Der Staat* 54 (2015), S. 257 (271); ähnlich *Gusy*, *ZRP* 1985, S. 291 (292 ff.).

353 *Wieland*, in: *Dreier* (Hrsg.), *GG*, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rn. 119; ähnlich *Breuer*, *Der Staat* 16 (1977), S. 21 (40); *Ossenbühl*, *FG 25 Jahre BVerfG*, 1976, Bd. 1, S. 458 (483 f.); vertiefend *Ruf*, *Die legislative Prognose*, S. 117 ff.

354 S. den Titel des Aufsatzes von *Schwerdtfeger*, in: *FS H.P. Ipsen*, 1977, S. 173 ff.

355 *Schwerdtfeger*, in: *FS H.P. Ipsen*, 1977, S. 173 (179 f.); mit Bezug auf *Schwerdtfeger* zurückhaltender *Benda*, *DÖV* 1979, S. 465 (467).

ber, der „unter Unsicherheit“<sup>356</sup> entscheide, diese Unsicherheit bei seiner Entscheidung zumindest insofern berücksichtigen, als dass er die künftige Berücksichtigung besserer Erkenntnis ermögliche. Um die notwendige Flexibilität schon im Gesetz anzulegen, kämen Ausnahmeregelungen, unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensvorschriften, aber auch die Befristung der Geltung eines Gesetzes in Betracht. Umgekehrt erwiesen sich gerade Fixwerte als problematisch.<sup>357</sup>

Die herrschende Meinung ist anderer Ansicht. Der Gesetzgeber sei danach von Verfassung wegen regelmäßig nicht einmal verpflichtet, seine Entscheidung zu begründen. Das Parlament, auf „Alltagshypothesen und laienhafte Wertungen angewiesen“<sup>358</sup>, schulde – zugespitzt – „nichts anderes als das (verfassungsmäßige) Gesetz“<sup>359,360</sup>. Insbesondere setze die Eignung eines Gesetzes „nicht voraus, dass es zweifelsfreie empirische Nachweise der Wirkung oder Wirksamkeit der Maßnahmen gibt“<sup>361</sup>. Dementsprechend nimmt namentlich das BVerfG eine Begründungspflicht des Gesetzgebers nur in Ausnahmefällen an, etwa im Finanz- und Steuerrecht,<sup>362</sup> auch um Unsicherheiten dort zu überwinden, wo es „keine quantifizierbaren Vorgaben“ gebe bzw. es schwierig sei, die konkrete Höhe einer Regelung „anhand materieller Kriterien zu bestimmen“. Bei Prognoseentscheidungen müsse der Gesetzgeber die zugänglichen Erkenntnis-

---

356 *Spiecker gen. Döhmman*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit: Juristische und ökonomische Vorgaben, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 2000/10, Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, S. 18 ff., abrufbar unter: [https://www.econstor.eu/bitstream/10419/85145/1/2000-10\\_online.pdf](https://www.econstor.eu/bitstream/10419/85145/1/2000-10_online.pdf).

357 *Spiecker gen. Döhmman*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit: Juristische und ökonomische Vorgaben, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 2000/10, Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, S. 20 f., abrufbar unter: [https://www.econstor.eu/bitstream/10419/85145/1/2000-10\\_online.pdf](https://www.econstor.eu/bitstream/10419/85145/1/2000-10_online.pdf).

358 *Gusy*, ZRP 1985, S. 291 (297 f.).

359 Vgl. BVerfGE 130, 263 (301) und schon *Geiger*, in *Berberich* (Hrsg.), *Neue Entwicklungen im öffentlichen Recht*, 1979, S. 131 (141 f.); *Gusy*, ZRP 1985, S. 291 (294); *Schlaich*, VVDStRL 39 (1981), S. 99 (109); *ders./Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 542 m.w.N. in Fn. 131 ff.; *Waldhoff*, in: *FS Isensee*, 2007, S. 325 (329 ff.); ähnlich *Meessen*, NJW 1979, S. 833 (836); differenziert *Gartz*, *Begründungspflicht*, 2015, S. 186 ff.

360 *Gusy*, ZRP 1985, S. 291 (292, 295); *Ossenbühl*, FG 25 Jahre BVerfG, Bd. 1, 1976, S. 458 (482); *Steinbach*, *Der Staat* 54 (2015), S. 267 (271); zu Begründungspflichten aus dem Grundgesetz in Sonderfällen *Hartmann*, ZBR 2014, S. 228 (228).

361 BVerfG, NJW 2022, S. 139 (Rn. 186) – Bundesnotbremse I.

362 S. dazu *Hartmann*, ZBR 2014, S. 228 (229 f.).

quellen ausschöpfen.<sup>363</sup> Das BVerfG prüfe, „ob die [...] Annahme des Gesetzgebers hinreichend tragfähige Grundlagen hat“<sup>364</sup>. Diese müssten „hinreichend gesicher[t]“ sein<sup>365</sup>. Im Übrigen fordert die Rechtsprechung vereinzelt – hier im Zusammenhang mit einer „2G-Regelung“ im Einzelhandel – sehr wohl empirische Nachweise, welche die Wirksamkeit einer Maßnahme belegen.<sup>366</sup>

Sind die empirischen Grundlagen uneindeutig, verbleibt dem Gesetzgeber insofern die Einschätzungsprärogative.<sup>367</sup> Hat ein Gesetzgeber zu dem Zeitpunkt, in dem er das Gesetz erlassen hat, keinen Nachweis vorgelegt, lässt das Verfassungsrecht den späteren Nachweis auch noch im gerichtlichen Verfahren zu. Soweit die Annahmen des Gesetzgebers widerlegt sind, ist seine Einschätzungsprärogative aufgebraucht<sup>368</sup> und erweist sich das Gesetz (nachträglich) als ungeeignet bzw. nicht erforderlich.<sup>369</sup>

Bei der Überprüfung, ob der Gesetzgeber die Prärogative eingehalten hat, legt das BVerfG keinen einheitlichen Beurteilungsmaßstab an.<sup>370</sup> Die Intensität reicht von einer Evidenz- hin zu einer intensivierten inhaltlichen Kontrolle. Welchen Kontrollmaßstab es wählt, macht das Gericht von verschiedenen Kriterien abhängig: Es kommt auf die „Eigenart des in Rede stehenden Sachbereichs, [...] [die] Möglichkeiten, sich ein hinreichend

363 BVerfGE 50, 290 (334); 57, 139 (160); 65, 1 (55); ähnlich BVerfGE 125, 175 (239).

364 BVerfG, NJW 2022, S. 139 (Rn. 170) – Bundesnotbremse I.

365 BVerfG, NJW 2022, S. 139 (Rn. 171) – Bundesnotbremse I.

366 OVG Lüneburg, NJW 2022, S. 256 (Rn. 34 ff.). Die Entscheidungen der einzelnen Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe zur 2G-Regelung sind jedoch insgesamt unübersichtlich, s. zum Überblick *Greve/Lassahn*, NVwZ 2022, S. 197 ff.

367 *Breuer*, Der Staat 16 (1977), S. 21 (39); *Spiecker gen. Döbmann*, Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit: Juristische und ökonomische Vorgaben, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 2000/10, Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, S. 4, abrufbar unter: [https://www.econstor.eu/bitstream/10419/85145/1/2000-10\\_online.pdf](https://www.econstor.eu/bitstream/10419/85145/1/2000-10_online.pdf); *Steinbach*, Der Staat 54 (2015), S. 257 (274 f.).

368 *Maksuit*, Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht, 2015, S. 266; *Meessen*, NJW 1979, S. 833 (836); *Ossenbühl*, FG 25 Jahre BVerfG, 1976, Bd. 1, S. 458 (484 f., 517 f.).

369 BVerfG, NJW 2022, S. 139 (Rn. 186) – Bundesnotbremse I; *Steinbach*, Der Staat 54 (2015), S. 257 (272). Da Studien zu einem anderen Ergebnis kamen als die Einschätzung des Gesetzgebers, hat das BVerfG eine Änderung des TierSchG mit Blick auf die fehlende Erforderlichkeit aufgehoben, BVerfGE 36, 47 (59 ff.).

370 *Burrack/Kessel*, ZfWG 2013, S. 321 (327); zum Kontrollmaßstab des BVerfG ausführlich *Ruf*, Die legislative Prognose, S. 141 ff.

sicheres Urteil zu bilden, und [...] [die] Bedeutung der auf dem Spiele stehenden Rechtsgüter<sup>371</sup> an. Insgesamt billigt das Gericht dem Gesetzgeber eine weite Einschätzungsprärogative zu, falls die tatsächlichen Grundlagen der gesetzgeberischen Entscheidung uneindeutig sind. Die Folge ist ein nur eingeschränkter Prüfungsumfang des Gerichts.<sup>372</sup> Auch dann aber dürfen „bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen tatsächliche Unsicherheiten grundsätzlich nicht ohne Weiteres zulasten der Grundrechtsträger gehen“<sup>373</sup>. Die grundrechtliche Schutzpflicht zugunsten der Spielsuchtprävention, die den Staat gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG trifft, erweitere die Einschätzungsprärogative<sup>374</sup> und sei erst überschritten, wenn „die vom Gesetzgeber getroffene Einschätzung der Gefahrenlage und des Grades der Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts“ nicht mehr „in einem Maße wirtschaftlichen Gesetzen oder praktischer Erfahrung [entspricht], dass sie vernünftigerweise [...] Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können“<sup>375</sup>.

Auch konkret zu den Darlegungspflichten bei der Einschränkung der Berufsfreiheit hat sich das BVerfG geäußert. Wenn der Gesetzgeber eine objektive Berufswahlregelung treffen wolle, habe er eine weite Einschätzungsprärogative darüber, ob deren Voraussetzungen vorlägen.<sup>376</sup> Dabei sei die Prärogative bei Regelungen der Berufswahl kleiner als bei Regelungen der Berufsausübung, da Beschränkungen der Berufswahl stärker in die Berufsfreiheit eingriffen.<sup>377</sup> In Bezug auf Mindestabstände warnt die Literatur vereinzelt vor einem zu weiten Kontrollspielraum des BVerfG, da „existenzbedrohende Einschränkungen der Berufsfreiheit“ drohten.<sup>378</sup>

---

371 BVerfGE 50, 290 (332 f.); fast identisch BVerfGE 110, 141 (157); 153, 182 (Rn. 237); BVerfG, NJW 2022, S. 139 (Rn. 171).

372 BVerfGE 25, 1 (17); 77, 84 (106); 110, 141 (157 f.); 117, 163 (183); *Burrack/Kessel*, ZfWG 2013, S. 321 (327); *Krewer*, ZfWG 2014, S. 77 (78); umfassend *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 11. Aufl. 2018, Rn. 530 m.w.N. aus der Rspr. in Fn. 87.

373 BVerfG, NJW 2022, S. 139 (Rn. 204 ähnlich Rn. 171, 185) – Bundesnotbremse I; BVerfG, NJW 2022, S. 167 (Rn. 115, 123) – Bundesnotbremse II.

374 BVerfGE 153, 182 (Rn. 238); BVerfG, NJW 2022, S. 139 (Rn. 171) – Bundesnotbremse I.

375 BVerfGE 126, 112 (141); ähnlich bereits BVerfGE 25, 1 (17).

376 BVerfGE 25, 1 (17 ff.); *Breuer*, Der Staat 16 (1977), S. 21 (41 ff.); *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 12 Rn. 119; krit. dazu der Nachweis in Fn. 481.

377 *Makswit*, Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht, 2015, S. 266.

378 *Burrack/Kessel*, ZfWG 2013, S. 321 (327).

## II. Vorgaben des Unionsrechts

### 1. Grundfreiheiten

Auch das Unionsrecht enthält Vorgaben für die Regulierung des Glücksspielrechts. Spielhallenbetreiber schützt vor allem die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 UAbs. 1 AEUV),<sup>379</sup> auch die Warenverkehrs- (Art. 28 ff. AEUV), Niederlassungs- (Art. 49 ff. AEUV) sowie Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 63 ff. AEUV) können einschlägig sein.<sup>380</sup> Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat eine umfassende Rechtsprechung zum Glücksspielrecht geprägt, welche die Anforderungen an die Unionsrechtskonformität einer Regelung klarstellt. Die Anforderungen treffen die nationalen Gesetzgeber und verlaufen inhaltlich weitgehend parallel zum nationalen Verfassungsrecht.<sup>381</sup> Für die hier behandelte Frage genügt es, einige Abweichungen des Unionsrechts von den Vorgaben des nationalen Rechts hervorzuheben.

### 2. Insbesondere Kohärenzgebot

Gesteigerte Anforderungen des Unionsrechts ergeben sich zum einen im Vergleich mit dem verfassungsrechtlichen Konsistenzgebot. Das unionsrechtliche Kohärenzgebot verlangt, innerhalb eines Rechtskreises Systeme mit gleicher Zielsetzung so auszugestalten und zu entwickeln, dass in der Regulierung einzelner Sektoren keine Widersprüche entstehen.<sup>382</sup> Im Gegensatz zum nationalen Konsistenzgebot wirkt das Kohärenzgebot sowohl innerhalb eines Glücksspielsektors („vertikale Kohärenz“<sup>383</sup>) als auch sektorenübergreifend („horizontale Kohärenz“<sup>384</sup>).<sup>385</sup> Letztlich verlangt der EuGH die Stimmigkeit der gesamten Glücksspielregulierung: Die Regulie-

---

379 S. dazu *Barczak/Hartmann*, Kohärenz im Glücksspiel, 2021, S. 1 ff.; *Ennuschat/Güldner*, in: Gebhardt/Korte (Hrsg.), Glücksspiel, 2. Aufl. 2018, S. 205 (Rn. 3 ff.).

380 *Barczak/Hartmann*, Kohärenz im Glücksspiel, 2021, S. 2 f. m.w.N. in Fn. 8.

381 *Barczak/Hartmann*, Kohärenz im Glücksspiel, 2021, S. 7 ff.

382 *Brüning*, NVwZ 2013, S. 23 (25).

383 *Barczak/Hartmann*, Kohärenz im Glücksspiel, 2021, S. 13, auch zu Synonymen.

384 *Barczak/Hartmann*, Kohärenz im Glücksspiel, 2021, S. 15, auch zu Synonymen.

385 Zu den Einzelheiten s. *Hartmann*, EuZW 2014, S. 814 (815).

zung des einen Glücksspielsektors darf Maßnahmen in keinem anderen Sektor konterkarieren.<sup>386</sup>

Prozessual weist der EuGH neuerdings jedem nationalen Gericht die Aufgabe zu, die Kohärenz der in Frage stehenden Regelungen selbst zu prüfen. Das gelte selbst dann, wenn höhere nationale Gerichte die Kohärenz bereits bejaht hätten. So lasse sich vermeiden, dass nationale Vorschriften oder die Gerichtspraxis das anwendungsvorrangige Unionsrecht unzulässig beschränkten.<sup>387</sup> Zuletzt hat der Bundesgerichtshof akzeptiert, dass „die unionsrechtliche Kohärenzprüfung beschränkender Maßnahmen im Glücksspielsektor im Einzelfall Sache der nationalen Gerichte ist“<sup>388</sup>.

### 3. Legislative Einschätzungsprärogative und Empirie

Gesteigerte Anforderungen ergeben sich zum anderen mit Blick auf die unionsrechtlichen Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweispflichten des Gesetzgebers. Auch nach der Rechtsprechung des EuGH steht dem Gesetzgeber eine weite Einschätzungsprärogative zu.<sup>389</sup> Das gilt insbesondere bei der Beurteilung einer Gefahrenlage<sup>390</sup> und der Wahl der Mittel zu ihrer Bekämpfung.<sup>391</sup> Dabei dient die Einschätzungsprärogative ausdrücklich dazu, jedem Mitgliedstaat zu ermöglichen, die jeweils eigenen „sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten und die mit Glücksspielen und Wetten einhergehenden sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft“<sup>392</sup> zu berücksichtigen. Das Unionsrecht erkennt damit an, dass die Mitgliedstaaten traditionell ein sehr verschiedenes Verhältnis zum Glücksspiel haben.<sup>393</sup>

---

386 EuGH, NVwZ 2010, S. 1422 (Rn. 62 ff.); s. dazu nur *Barczak/Hartmann*, Kohärenz im Glücksspiel, 2021, S. 15 ff. m.w.N; *Ennuschat/Güldner*, in: Gebhardt/Korte (Hrsg.), Glücksspiel, 2. Aufl. 2018, S. 205 (Rn. 71 ff.); *Hartmann*, EuZW 2014, S. 814 ff.; *ders.*, in: *ders./Pieroth* (Hrsg.), Spielbanken und Spielhallen zwischen Landes-, Bundes- und Unionsrecht, 2013, S. 97 (110 ff.).

387 EuGH, NVwZ 2021, S. 1049 (Rn. 57 ff.).

388 BGH, Beschl. v. 22.07.2021 – I ZR 199/20 –, juris.

389 *Koenig/Ciszewski*, ZfWG 2008, S. 397 (399).

390 *Barczak/Hartmann*, Kohärenz im Glücksspiel, 2021, S. 8 f.; *Koenig/Ciszewski*, ZfWG 2008, S. 397 (399).

391 *Ennuschat/Güldner*, in: Gebhardt/Korte (Hrsg.), Glücksspiel, 2. Aufl. 2018, S. 205 (Rn. 69).

392 EuGH, EuZW 2011, S. 841 (Rn. 45) – Dickinger und Ömer; ähnlich jüngst EuGH, NVwZ 2021, S. 1049 (Rn. 27).

393 *Koenig/Ciszewski*, ZfWG 2008, S. 397 (399) m.w.N. aus der Rspr. des EuGH.

Die Einschätzungsprärogative erfährt eine Beschränkung durch unionsrechtliche Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweispflichten, die weitergehen als ihr verfassungsrechtliches Pendant. Die prozeduralen Vorgaben des Unionsrechts dienen dazu, die Vorgabe materiellen Rechts, dass der Gesetzgeber das Glücksspielrecht kohärent ausgestalte, abzusichern.<sup>394</sup> Der Mitgliedstaat muss „genaue Angaben zur Stützung seines Vorbringens“<sup>395</sup> machen und „konkrete Anhaltspunkte“ dafür liefern, dass die Beschränkung einer Grundfreiheit erforderlich ist<sup>396</sup>.<sup>397</sup> Es bedarf einer „Untersuchung zur Zweckmäßigkeit und zur Verhältnismäßigkeit der von diesem Staat erlassenen beschränkenden Maßnahme“<sup>398</sup>. Die Untersuchung muss sich dabei auf die „sittlichen, religiösen oder kulturellen Besonderheiten“ und die „sittlich und finanziell schädlichen Folgen für den Einzelnen wie für die Gesellschaft“ gerade dieses Mitgliedstaats beziehen.<sup>399</sup> Dass es dieser Bezugspunkt sein muss, folgt aus dem Umstand, dass die Untersuchungspflicht die Einschätzungsprärogative des Mitgliedstaats beschränkt, die Einschätzungsprärogative ihrerseits dem Mitgliedstaat aber gerade deshalb zusteht, damit er die jeweils eigenen Traditionen und die Besonderheiten gerade seiner Gesellschaft berücksichtigen kann. Auch wenn ein Land als selbständiger Teil eines Mitgliedstaats tätig wird, dürfte eine Untersuchung zu den Verhältnissen im Mitgliedstaat genügen: Nur den Mitgliedstaat, nicht aber allfällige bundesstaatliche Untergliederungen nimmt das Unionsrecht in den Blick.

Zu welchem Zeitpunkt ein Mitgliedstaat die geforderten Angaben machen muss, wurde wechselhaft beurteilt. Zunächst hatte der EuGH zur Rechtfertigung eines Eingriffs verlangt, dass „die Rechtfertigungsgründe, die von einem Mitgliedstaat geltend gemacht werden können, von einer Untersuchung zur Zweckmäßigkeit und zur Verhältnismäßigkeit der von diesem Staat erlassenen *beschränkenden Maßnahme begleitet* werden müssen“<sup>400</sup>. Diese Anforderung, die beschränkende Maßnahme zu „beglei-

---

394 S. dazu unter Hinweis auf die EuGH-Rspr. *Barczak/Hartmann*, Kohärenz im Glücksspiel, 2021, S. 57; *Ennuschat/Güldner*, in: Gebhardt/Korte (Hrsg.), Glücksspiel, 2. Aufl. 2018, S. 205 (Rn. 76); *Koenig/Ciszewski*, ZfWG 2008, S. 397 (398 ff.).

395 EuGH, EuZW 2005, S. 465 (Rn. 63) – Kommission/Österreich.

396 EuGH, JZ 2005, S. 28 (Rn. 46) – Leichtle.

397 Zum Ganzen *Ennuschat/Güldner*, in: Gebhardt/Korte (Hrsg.), Glücksspiel, 2. Aufl. 2018, S. 205 (Rn. 76); *Koenig/Ciszewski*, ZfWG 2008, S. 397 (398).

398 EuGH, IStR 2003, S. 853 (Rn. 25) – Lindman.

399 *Barczak/Hartmann*, Kohärenz im Glücksspiel, 2021, S. 57.

400 EuGH, IStR 2003, S. 853 (Rn. 25) – Lindman, Hervorhebung nur hier.

te[n]“, bezieht sich, wenn ein Gesetz in die Grundfreiheit eingreift, auf das Gesetzgebungsverfahren. Der EuGH hat seine Formulierung auch in anderem Zusammenhang wiederholt.<sup>401</sup> Nimmt man den Gerichtshof beim Wort, muss der Gesetzgeber, falls es keine wissenschaftlichen Studien, insbesondere keine repräsentativen Stichproben,<sup>402</sup> gibt, selbst empirische Untersuchungen in Auftrag geben. So wurde und so wird der EuGH denn auch oft verstanden, nicht nur in der Literatur<sup>403</sup>, sondern auch in der Rechtsprechung<sup>404</sup>.

Der EuGH selbst ist, im Anschluss an Generalanwalt *Mengozzi*<sup>405</sup>, von seiner Aussage abgerückt und hat die Auffassung, dass die Untersuchung schon im Gesetzgebungsverfahren vorliegen müsste, als ein „fehlerhaftes Verständnis“ bezeichnet.<sup>406</sup> Der EuGH bezieht die Vorlagepflicht (nun) nicht (mehr) auf den „Erlass der fraglichen Regelung“<sup>407</sup>, also auf das parlamentarische Verfahren, sondern ausdrücklich nur auf die Kontrolle der fraglichen Regelung, also auf das gerichtliche Verfahren. Der Gerichtshof, so der EuGH über sich selbst, habe hervorgehoben, dass

---

401 EuGH, Urt. v. 18.03.2004 – C-8/02, Rn. 45 („von einer Untersuchung zur Geeignetheit und zur Verhältnismäßigkeit der von diesem Staat erlassenen beschränkenden Maßnahme begleitet werden müssen“); vgl. auch EuGH, EuZW 2005, S. 465 (Rn. 63) („Untersuchung [...] vorlegen und genaue Angaben [...] machen“).

402 *Koenig/Ciszewski*, ZfWG 2008, S. 397 (399) m.w.N. aus der Rspr. des EuGH.

403 *Barczak/Hartmann*, Kohärenz im Glücksspiel, 2021, S. 57; *Koenig/Ciszewski*, ZfWG 2008, S. 397 ff.

404 Referierend EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts *Mengozzi* vom 04.03.2010, C-316/07, Celex-Nr. 62007CC0316, Rn. 80 – Markus Stoß u.a. („Nach den Ausführungen der vorlegenden Gerichte wurden die Kohärenz und die Verhältnismäßigkeit der deutschen Regelung nicht, wie der Gerichtshof seit dem Urteil Lindman fordert, *zuvor* durch eine Untersuchung der Gefahren der Spielsucht und der Möglichkeiten, diesen zu begegnen, belegt“, dort mit Nachweisen und ohne Hervorhebung).

405 EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts *Mengozzi* vom 04.03.2010, C-316/07, Celex-Nr. 62007CC0316, Rn. 82 – Markus Stoß u.a. („Aus diesem Urteil ergibt sich nur, dass die Beweislast in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit und die Kohärenz der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs ausschließlich bei dem Mitgliedstaat liegt, ohne dass der Gerichtshof jemals dazu verpflichtet wollte, dass diese Verteidigung *vor Erlass der streitigen Regelung* öffentlich bekannt gemacht wird oder dass dies aus statistischen Untersuchungen hervorgehen muss, wie einer der Kläger vorschlägt“, dort mit Nachweisen und ohne Hervorhebung).

406 EuGH, NVwZ 2010, S. 1409 (Rn. 71); bei *Barczak/Hartmann*, Kohärenz im Glücksspiel, 2021, S. 57, nicht berücksichtigt.

407 EuGH, NVwZ 2010, S. 1409 (Rn. 72).

„ein Mitgliedstaat, der sich auf ein Ziel berufen möchte, mit dem sich eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs durch eine restriktive nationale Maßnahme rechtfertigen lässt, dem Gericht, das über diese Frage zu entscheiden hat, alle Umstände vorlegen muss, anhand deren dieses Gericht sich vergewissern kann, dass die Maßnahme tatsächlich den sich aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergebenden Anforderungen genügt.“<sup>408</sup>

Dagegen lasse

„sich aus dieser Rechtsprechung nicht ableiten, dass einem Mitgliedstaat nur deshalb die Möglichkeit genommen wäre, zu belegen, dass eine innerstaatliche restriktive Maßnahme diesen Anforderungen genügt, weil er keine Untersuchungen vorlegen kann, die dem Erlass der fraglichen Regelung zu Grunde lagen.“<sup>409</sup>

Seine neue Lesart hat der EuGH in späteren Entscheidungen wiederholt.<sup>410</sup> Sie liegt diesen Ausführungen zu Grunde.

Auch bezogen und beschränkt auf das gerichtliche Verfahren bleiben die Anforderungen des Unionsrechts höher als die des Verfassungsrechts. Das Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht folgt dem Untersuchungsgrundsatz. Es ist das Gericht, das „den zur Erforschung der Wahrheit erforderlichen Beweis“ gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BVerfGG „erhebt“, also im Normenkontrollverfahren die „legislative facts“<sup>411</sup> von Amts wegen beschafft. Dass der Gesetzgeber sie vorträgt, ist nicht vorgeschrieben.

Demgegenüber verlangt das Unionsrecht nach der Rechtsprechung des EuGH sehr wohl einen Vortrag des Mitgliedstaats: Dieser muss dem Gericht „alle Umstände vorlegen“, welche die Richter kennen müssen, um die Vereinbarkeit einer mitgliedstaatlichen Maßnahme mit den „Anforderungen“, die sich aus dem „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ ergeben, beurteilen zu können.<sup>412</sup> Das bedeutet: Legt der Mitgliedstaat keine „Umstände“ vor, erklärt der EuGH die angegriffene Regelung für unionsrechtswidrig. Dementsprechend sieht der Generalanwalt in den unionsrechtlichen Untersuchungs-, Darlegungs- und Nachweispflichten des Gesetzgebers eine Beweislastregelung. Es heißt ausdrücklich: Die „Beweislast in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit und die Kohärenz“ einer Regelung

---

408 EuGH, NVwZ 2010, S. 1409 (Rn. 71), dort ohne Hervorhebung.

409 EuGH, NVwZ 2010, S. 1409 (Rn. 72), dort ohne Hervorhebung.

410 EuGH, EuZW 2014, S. 597 (Rn. 50 f.); ZfWG 2018, S. 253 (Rn. 62 f.).

411 *Meskouris*, in: Barczak (Hrsg.), BVerfGG, 2018, § 26 Rn. 4 m.w.N.

412 EuGH, NVwZ 2010, S. 1409 (Rn. 71), dort ohne Hervorhebung.

liege „ausschließlich bei dem Mitgliedstaat“<sup>413</sup>. Das bedeutet zusammengefasst: Bleibt ein Ursachenzusammenhang, auf den es für die Verhältnismäßigkeit einer Regelung ankommt, unbelegt, erklärt der EuGH sie für unionsrechtswidrig.

Jedenfalls ist der Gesetzgeber ohnehin gut beraten, nicht erst ein gerichtliches Verfahren abzuwarten, sondern schon im parlamentarischen Verfahren der Gesetzgebung empirische Studien zu den Ursachenzusammenhängen, deren Annahme das Parlament einer Regelung zu Grunde legt, zur Kenntnis zu nehmen oder, falls keine einschlägigen Untersuchungen existieren, in Auftrag zu geben. Ein Parlament, das stattdessen allein aufgrund von Alltagshypothesen in Grundrechte und Grundfreiheiten eingreift, geht sehenden Auges das Risiko ein, Grundgesetz und Unionsrecht zu verletzen und in einem gerichtlichen Verfahren zu verlieren.

### III. Ergebnis

Verfassungsrechtlich sind insbesondere die Berufs- und Eigentumsfreiheit sowie der allgemeine Gleichheitssatz Maßstab für die Regelungen der Mindestabstände. Unionsrechtlich betrachtet, beschränken Mindestabstandsgebote vor allem die Dienstleistungsfreiheit.

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 Mitgliedstaats zu beziehen und den Schluss des Gesetzgebers zu tragen. Die Untersuchungs-, Darlegungs-

---

413 EuGH, Schlussanträge des Generalanwalts *Mengozzi* vom 04.03.2010, C-316/07, Celex-Nr. 62007CC0316, Rn. 82 – Markus Stoß u.a.

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.