www.nrwe.de
Justiz-ONLINE
NRWE - Rechtsprechungsdatenbank der Gerichte in Nordrhein-Westfalen

Oberverwaltungsgericht NRW, 4 A 1826/19

Datum:	10.10.2019
Gericht:	Oberverwaltungsgericht NRW
Spruchkörper:	4. Senat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	4 A 1826/19
ECLI:	ECLI:DE:OVGNRW:2019:1010.4A1826.19.00

Vorinstanz:	Verwaltungsgericht Düsseldorf, 3 K 1826/19
Schlagworte:	Bestimmtheitsgrundsatz Spielhalle Eingang Luftlinie Erlaubnis Auswahlentscheidung Auswahlverfahren Ermessensentscheidung Auswahlkriterien Qualitative Kriterien Suchtprävention Ziele des Staatsvertrags Bestandsschutz Vertrauensschutz Ausschöpfung der Standortkapazität Duldung Härtefallentscheidung Härtefallerlaubnis Härtefall Abstandsgebot Mindestabstandsgebot
Normen:	GG Art. 20 Abs. 3
Leitsätze:	1. Der in Nordrhein-Westfalen grundsätzlich einzuhaltende Mindestabstand von 350 m Luftlinie zwischen Spielhallen bemisst sich nach der Entfernung zwischen deren Eingängen. 2. Begehren nach Ablauf der Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV mehrere Betreiber von Spielhallen, die zueinander den gesetzlichen Mindestabstand von 350 m nicht einhalten, die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis, bedarf es einer Auswahlentscheidung. Die von der Behörde zu treffende Auswahlent-scheidung ist eine Ermessensentscheidung. 3. Von der Notwendigkeit, nach Ablauf der Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV eine Auswahlentscheidung zu treffen, wird die Behörde nicht dadurch ent-bunden, dass sie Härtefallerlaubnisse nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV unter Be-freiung von der Einhaltung des Mindestabstandsgebots erteilt. 4. Die bei der Auswahlentscheidung in Nordrhein-Westfalen auch zu berücksichti-genden Ziele des § 1 GlüStV erfordern einen Vergleich der konkurrierenden Spiel-hallen daraufhin, welche besser geeignet ist, die Ziele des Staatsvertrags zu errei-chen. 5. Ergibt der Vergleich der konkurrierenden Spielhallen, dass eine von ihnen besser Gewähr für die Förderung der Ziele des

Staatsvertrags als die Konkurrenten bie-tet, ist die Auswahl eines dieser Konkurrenten allein wegen seiner Bestands-schutz- und Vertrauensschutzinteressen sachwidrig. Bei der Auswahlentscheidung sind die (dauerhaft anzustrebenden) Ziele des § 1 GlüStV gegenüber Bestands-schutz- und Vertrauensschutzinteressen, denen im Rahmen von Härtefallent-scheidungen (nur vorübergehend) Rechnung getragen werden kann, jedenfalls nicht nachrangig.

Tenor:

Die Berufung der Klägerin und die Anschlussberufung der Beklagten gegen das auf die mündliche Verhandlung vom 2.4.2019 ergangene Urteil des Verwaltungsgerichts Düsseldorf werden zurückgewiesen.

Die Klägerin und die Beklagte tragen die Kosten des Berufungsverfahrens jeweils zur Hälfte.

Das Urteil ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die jeweilige Vollstreckungsschuldnerin kann die Vollstreckung gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des auf Grund des Urteils vollstreckbaren Betrages abwenden, wenn nicht die jeweilige Vollstreckungsgläubigerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand: 1

Die Beteiligten streiten über die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis für den Betrieb der unter der postalischen Adresse „T.----weg 26, X. “ betriebenen Spielhalle der Klägerin. Für diese war ihr am 3.4.2014 unter Hinweis auf die Freistellung von bestimmten Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrags eine Erlaubnis nach § 33i GewO für eine Übergangsfrist bis zum 30.11.2017 erteilt worden. 2

Im Juni 2016 teilte die Beklagte der Klägerin nochmals mit, dass für sie gemäß § 29 Abs. 4 GlüStV eine Übergangsfrist bis zum 30.11.2017 gelte, während derer ihr Betrieb keiner glücksspielrechtlichen Erlaubnis bedürfe. Sie forderte die Klägerin auf, für den daran anschließenden Zeitraum eine Erlaubnis zu beantragen und wies u. a. darauf hin, dass nach den Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags ein Mindestabstand von 350 m Luftlinie zu einer anderen Spielhalle nicht unterschritten werden solle. Die Entscheidung über die Weiterführung einer bestehenden Spielhalle könne mit einer Auswahlentscheidung zwischen mehreren Spielhallen verbunden sein. Die Geltendmachung eines Härtefalls oder einer Ausnahmegenehmigung zur Abweichung vom Mindestabstand müsse gesondert begründet werden. Für weitere Informationen verwies die Beklagte auf den Erlass des Ministeriums für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 10.5.2016. 3

4

Daraufhin beantragte die Klägerin die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis, gegebenenfalls unter Abweichung vom Mindestabstandsgebot nach § 16 Abs. 3 Satz 3 AG GlüStV NRW oder hilfsweise unter Befreiung vom Mindestabstandsgebot nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV.

Nach den Feststellungen der Beklagten stand die Spielhalle der Klägerin in Konflikt mit Spielhallen unter den Anschriften S. Str. 24 (136 m Luftlinie, 180 m Fußweg), A. . 1 (238 m Luftlinie, 300 m Fußweg), Q. 16 (249 m Luftlinie, 350 m Fußweg) und A. . 11 (290 m Luftlinie, 400 m Fußweg). Im August und Oktober 2017 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie von Amts wegen gem. § 13 Abs. 2 VwVfG NRW zu den Erlaubnisverfahren für die Spielhallen S. Str. 24 und Q. 16 hinzuzuziehen. Gleichzeitig wurde ihr die an den Betreiber der Spielhalle S. Str. 24 erteilte bis zum 30.6.2021 befristete Erlaubnis übersandt. Darin hieß es u. a., dass die Erlaubnis gem. § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV unter Befreiung der Einhaltung des Mindestabstands zu anderen Spielhallen erteilt werde, weil dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich sei. Eine Abweichung vom Mindestabstandsgebot nach § 16 Abs. 3 Satz 3 AG GlüStV NRW lehnte die Beklagte ab, weil der Mindestabstand zur Spielhalle der Klägerin nicht nur minimal unterschritten werde. Auch den Betreibern der Spielhallen an den Standorten A. . 1, A. . 11 und Q. 16 wurde jeweils eine Erlaubnis gem. § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV unter Befreiung von der Einhaltung des Mindestabstands zu anderen Spielhallen erteilt. 5

Nach Anhörung lehnte die Beklagte den Antrag der Klägerin mit Bescheid vom 6.9.2017 ab, forderte sie auf, ihre Spielhalle zu schließen und drohte an, die Spielhalle im Wege des unmittelbaren Zwangs zu schließen und zu versiegeln. Zur Begründung führte sie aus, die Spielhalle unterschreite deutlich den Mindestabstand von 350 m zu den Spielhallen in der A. . 1 und der S. Str. 24. Da die Klägerin den Antrag auf eine Erlaubnis nach § 33i GewO erst im April 2014 in Kenntnis der neuen Rechtslage gestellt habe, liege kein schützenswertes Vertrauen vor. Sie könne keine zu berücksichtigenden Härtefallgründe geltend machen. Dem Betreiber in der S. Str. 24 sei die Erlaubnis nach § 33i GewO bereits im Jahr 2008 und der Betreiberin der Spielhalle in der A. . 1 bereits im Jahr 2000 erteilt worden. Auf Grund der länger bestehenden Erlaubnisse und der anzuerkennenden Härtefallgründe sei die Auswahlentscheidung zu Gunsten der Konkurrenten der Klägerin ausgefallen. 6

Die Klägerin hat hiergegen Klage erhoben. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen geltend gemacht, dass Härtefallgesichtspunkte bei der Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis erst dann zu berücksichtigen seien, wenn ein Antragsteller im Rahmen eines an Sachkriterien orientierten Auswahlverfahrens unterlegen sei. Die auf der Grundlage von § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV erteilten Erlaubnisse rechtfertigten nicht die Ablehnung des Antrags. Im angegriffenen Bescheid fehlten Ausführungen dazu, dass der Fortbetrieb der Spielhalle durch die Klägerin nicht mit den Zielen des Glücksspielstaatsvertrags in Einklang zu bringen sei. Darüber hinaus stelle das Alter der gewerberechtlichen Spielhallenerlaubnis keinen tauglichen Anknüpfungspunkt für eine Auswahlentscheidung dar. 7

Die Klägerin hat beantragt, 8

die Beklagte unter Aufhebung des Ablehnungsbescheides vom 6.9.2017 zu verpflichten, der Klägerin für die Spielhalle T.----weg Nr. 26 in X. die beantragte 9

glücksspielrechtliche Erlaubnis gemäß § 24 Abs. 1 GlüStV i. V. m. § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW zu erteilen.

Die Beklagte hat beantragt, 10

die Klage abzuweisen. 11

Das Verwaltungsgericht hat die Beklagte verpflichtet, den Antrag der Klägerin auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Behörde unter Spielhallen, die den Mindestabstand zueinander unterschritten, eine Auswahlentscheidung treffen müsse, sofern vom Mindestabstandsgebot nicht im Einzelfall abgewichen werde. Die Beklagte habe die für die Auswahlentscheidung notwendige Abwägung nicht in ausreichendem Umfange vorgenommen. Zwar sei es grundsätzlich nicht zu beanstanden, auf den Zeitpunkt der Beantragung bzw. der Erteilung der Erlaubnis nach § 33i GewO abzustellen. Die Beklagte habe aber andere in Betracht kommende Auswahlkriterien nicht berücksichtigt, sondern allein darauf abgestellt, dass bei den konkurrierenden Spielhallen Gründe für die Annahme einer unbilligen Härte im Sinne des § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV vorlägen. Die Schließungsverfügung und die Zwangsmittelandrohung seien aufzuheben, weil sie schon nach der Intention der Beklagten einen rechtmäßigen Ablehnungsbescheid voraussetzten. Einen Anspruch auf die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis habe die Klägerin nicht, weil ihr bei ordnungsgemäßer Ermessensentscheidung nicht notwendig eine Erlaubnis zu erteilen sei. 12

Zur Begründung ihrer vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung macht die Klägerin geltend, dass sie einen Anspruch auf die begehrte Erlaubnis habe, weil Versagungsgründe nicht bestünden und das Mindestabstandsgebot ihr nicht entgegen gehalten werden dürfe. Dieses verstoße gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, weil der Gesetzgeber nicht geregelt habe, welcher Bezugspunkt für die Messung der Entfernung herangezogen werden solle. Zumindest habe sie einen Anspruch auf die begehrte glücksspielrechtliche Erlaubnis, weil das Ermessen der Beklagten auf „Null“ reduziert sei. Da der konkurrierende Betreiber eine Härtefallerlaubnis erhalten habe, löse diese das Mindestabstandsgebot nicht aus und stehe dem Anspruch der Klägerin nicht entgegen. Die Erlaubnis sei nur zu versagen, wenn die Errichtung und der Betrieb der Spielhalle den Zielen des Glücksspielstaatsvertrags zuwider liefen. In einer Konkurrenzsituation müsse sich die Auswahlentscheidung allein an den Sachkriterien orientieren, die ihren Niederschlag in § 1 Abs. 1 GlüStV gefunden hätten. Das schutzwürdige Vertrauen der Spielhallenbetreiber sei im Auswahlverfahren hingegen nicht zu berücksichtigen, sondern erst im Rahmen der in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV enthaltenen Härtefallregelung. Härtefallgesichtspunkte seien im Auswahlverfahren nicht auf einer Stufe mit den aus § 1 Abs. 1 GlüStV abzuleitenden Sachkriterien zu prüfen. 13

Die Klägerin beantragt, 14

das auf die mündliche Verhandlung vom 2.4.2019 ergangene Urteil des Verwaltungsgerichts Düsseldorf zu ändern und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheids vom 6.9.2017 zu verpflichten, für die Spielhalle T.----weg 26 in X. 15

eine glücksspielrechtliche Erlaubnis gem. § 24 Abs. 1 GlüStV i. V. m. § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW zu erteilen.

Die Beklagte beantragt, 16

die Berufung zurückzuweisen, 17

ferner im Wege der Anschlussberufung, das auf die mündliche Verhandlung vom 2.4.2019 ergangene Urteil des Verwaltungsgerichts Düsseldorf aufzuheben und die Klage abzuweisen. 18

Zur Begründung führt sie aus, sie habe in Konkurrenzsituationen zwischen Spielhallenbetreibern zunächst geprüft, ob eine Abweichung vom Mindestabstandsgebot erteilt werden könne. Daran angeschlossen habe sich die Prüfung eines Härtefalls gemäß § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV. Sofern auch nach der Erteilung von Härtefallerlaubnissen weiter Bestandsspielhallen konkurrierten, sei im Sinne einer Störerauswahl ordnungsrechtlich gegen diese vorzugehen. Ob diese Vorgehensweise rechtmäßig sei, sei in Nordrhein-Westfalen noch nicht obergerichtlich entschieden. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg habe in vergleichbaren Fällen diese Vorgehensweise gebilligt. Der Gesetzgeber habe durch die Befreiung von einzelnen materiellen Anforderungen dem Vertrauensschutz- und Bestandsschutzinteresse der Betreiber angemessen Rechnung tragen wollen. Diese Betreiber habe der Gesetzgeber trotz der Ziele des Glücksspielstaatsvertrags als besonders schutzwürdig angesehen. Deshalb müssten diejenigen Spielhallenbetreiber, die keinen Härtefall geltend machen könnten, zurückstehen. Die vom Verwaltungsgericht und von der Klägerin vertretene Auffassung, dass erst im Wege der Auswahlentscheidung Erlaubnisse erteilt werden müssten und dann unterlegene Antragsteller ggf. im Wege der Härtefallerlaubnis berücksichtigt werden könnten, widerspreche den Zielen des Glücksspielstaatsvertrags und dem landesrechtlichen Ausführungsgesetz. Ziel der Regelungen sei es nicht, einzelne Spielhallen an bestimmten Standorten zu erhalten, sondern die Anzahl der Spielhallen insgesamt zu reduzieren und die Spielhallendichte zu verringern. Die getroffene Entscheidung begegne auch dann keinen Bedenken, wenn man annehme, ein Auswahlverfahren sei durchzuführen. Sie, die Beklagte, habe zunächst festgestellt, dass abgesehen von der Einhaltung des Mindestabstandsgebots für alle konkurrierenden Spielhallen keine Versagungsgründe vorlägen. Daher seien die konkurrierenden Spielhallen als gleichrangig zu bewerten. Als einzig verwertbares Differenzierungskriterium sei die Feststellung verblieben, wann die Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt worden sei. Ein Anspruch der Klägerin auf Erteilung der Erlaubnis bestehe nicht. Die Regelungen über das Mindestabstandsgebot genügten dem Bestimmtheitsgrundsatz, weil ihr Inhalt mit den üblichen Auslegungsmethoden zu ermitteln sei. Abgesehen davon sei der gesetzliche Mindestabstand von 350 m im vorliegenden Fall unabhängig davon unterschritten, welche der in Betracht kommenden Messmethoden herangezogen werde. Jedenfalls liege keine Ermessensreduzierung auf „Null“ vor. 19

Die Klägerin beantragt, 20

die Anschlussberufung der Beklagten zurückzuweisen. 21

Neben der vorliegenden Klage hat die Klägerin die zu Gunsten des Betreibers der Spielhalle S. Str. 24 erteilte Erlaubnis angefochten (VG Düsseldorf, Az. 3 K 14584/17). Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit auf die mündliche Verhandlung vom 29.1.2019 ergangenem Urteil als unzulässig abgewiesen. Über 22

die Berufung der Klägerin hat der Senat mit Urteil vom heutigen Tage (Az. 4 A 665/19) entschieden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Inhalt der Gerichtsakte (ein Band) und des beigezogenen Verwaltungsvorgangs der Beklagten (ein Hefter) Bezug genommen. 23

Entscheidungsgründe: 24

Die Berufung der Klägerin und die Anschlussberufung der Beklagten sind unbegründet. 25

Die Berufung ist unbegründet, weil die Klägerin keinen Anspruch auf die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis hat (unten I.). Die Anschlussberufung der Beklagten hat keinen Erfolg, weil die Ablehnung des Erlaubnisantrags der Klägerin rechtswidrig und die Beklagte verpflichtet ist, den Antrag der Klägerin neu zu bescheiden. Damit sind auch die Schließungsverfügung und die Zwangsmittelandrohung rechtswidrig (unten II.). 26

I. Die auf die Erteilung der begehrten glücksspielrechtlichen Erlaubnis gerichtete zulässige Klage ist unbegründet, weil die Sache nicht spruchreif ist, § 113 Abs. 5 Satz 1 VwGO. 27

Grundlage des geltend gemachten Anspruchs auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis sind §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW. Hiernach bedürfen die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis. 28

Die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis setzt grundsätzlich voraus, dass ein Mindestabstand von 350 m Luftlinie zu einer anderen Spielhalle eingehalten wird. Das Mindestabstandsgebot ist mit höherrangigem Recht vereinbar, insbesondere genügt die landesrechtliche Ausgestaltung dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot. Die Entfernung ist zwischen den Eingängen der jeweiligen Spielhallen zu messen (unten 1.). Begehren nach Ablauf der Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV mehrere Betreiber von Spielhallen, die zueinander den gesetzlichen Mindestabstand von 350 m nicht einhalten, die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis, bedarf es einer Auswahlentscheidung, für welche Spielhalle die Erlaubnis – und nicht lediglich eine unter Befreiung von der Einhaltung des Mindestabstandsgebots vorübergehend nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV vorgesehene Härtefallerlaubnis – erteilt werden soll. Hierbei handelt es sich um eine Ermessensentscheidung (unten 2.). Ausgehend hiervon muss die Beklagte eine Auswahlentscheidung zwischen der Klägerin und den konkurrierenden Spielhallen treffen. Das Ermessen der Beklagten ist nicht dahingehend reduziert, die Auswahlentscheidung zwingend zu Gunsten der Klägerin zu treffen (unten 3.). 29

1. Die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis setzt grundsätzlich voraus, dass das Mindestabstandsgebot aus § 25 Abs. 1 GlüStV i. V. m. § 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW eingehalten wird. Nach diesen Vorschriften soll ein Mindestabstand von 350 Metern Luftlinie zu einer anderen Spielhalle nicht unterschritten werden. Die Behörde darf unter bestimmten Voraussetzungen von dem Mindestabstandsgebot abweichen, § 16 Abs. 3 Satz 3 AG GlüStV NRW. Zudem kann sie gemäß § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zu Gunsten eines Betreibers eine Befreiung von der Einhaltung des Mindestabstandsgebots für einen 30

angemessen Zeitraum zulassen, wenn dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist; hierbei sind der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33 i GewO sowie die Ziele des § 1 GlüStV zu berücksichtigen.

Das im Glücksspielstaatsvertrag vorgesehene Mindestabstandsgebot ist mit höherrangigem Recht vereinbar. 31

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u. a. –, BVerfGE 145, 20 = juris, Rn. 119 ff., 130 ff.; zur nordrhein-westfälischen Umsetzung: OVG NRW, Urteil vom 16.10.2017 – 4 A 1607/16 –, ZfWG 2018, 29 = juris, Rn. 43 ff., sowie Beschlüsse vom 16.8.2019 – 4 B 659/18 –, juris, Rn. 9 ff., und vom 8.6.2017 – 4 B 307/17 –, NWVBl. 2017, 431 = juris, Rn. 49 ff. 32

Die landesgesetzliche Ausgestaltung in § 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW entspricht auch dem in Art. 20 Abs. 3 GG verorteten rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot. 33

Das Bestimmtheitsgebot soll sicherstellen, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Gerichte eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können. Ferner erlauben es Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass die betroffenen Bürgerinnen und Bürger sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen können. Es reicht aus, wenn sich im Wege der Auslegung der einschlägigen Bestimmung mit Hilfe der anerkannten Auslegungsregeln feststellen lässt, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen. 34

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u. a. –, BVerfGE 145, 20 = juris, Rn. 125. 35

Ausgehend hiervon ist das in § 25 Abs. 1 GlüStV i. V. m. § 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW geregelte Mindestabstandsgebot hinreichend bestimmt. Zwar hat der Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt, anhand welcher Bezugspunkte die Luftlinie zwischen Spielhallen zu bestimmen ist. Dies lässt sich anhand der üblichen Auslegungskriterien jedoch dahingehend bestimmen, dass die zwischen den Eingängen der Spielhallen liegende Entfernung maßgeblich ist. 36

Vgl. dazu bereits OVG NRW, Urteil vom 16.10.2017 – 4 A 1607/16 –, ZfWG 2018, 29 = juris, Rn. 74; vgl. zur Maßgeblichkeit der Eingänge auch nach dem Berliner Landesrecht, das allerdings statt auf die Eingänge der Spielhallen auf die Eingänge der Standorte abstellt, BVerwG, Urteil vom 16.12.2016 – 8 C 6.15 –, BVerwGE 157, 126, juris, Rn. 56. 37

Das Mindestabstandsgebot dient der Begrenzung des Glücksspielangebots und der Bekämpfung der Glücksspielsucht. Die Regelung bezweckt, dass Spieler nicht von einer Spielhalle direkt zur nächsten gelangen sollen, sondern dass es über einen entsprechend zurückzulegenden Fußweg zu einer gewissen „Abkühlung“ kommen soll, bevor sich erneut die Gelegenheit zum Spiel eröffnet. 38

Vgl. LT-Drs. 16/17, S. 43 f. 39

Mit diesem Gebot wird eine Reduzierung der für die Ansiedelung von Spielhallen zur Verfügung stehenden Standorte und eine Begrenzung der Spielhallendichte bewirkt, was zu einer Beschränkung des Gesamtangebots an Spielhallen beiträgt. Auch 40

dadurch wird eine Verringerung der Griffnähe und Verfügbarkeit des Spiels an Geldspielgeräten in Spielhallen erreicht.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u. a. –, BVerfGE 145, 20 = juris, Rn. 151. 41

Nach dem Schutzzweck des Abstandsgebots, den genannten Abkühlungseffekt für die Nutzer zwischen zwei Spielhallen zu erreichen und die Griffnähe von Spielhallen für gefährdete Personen zu erschweren, ist die Luftlinie zwischen den von den Kunden zu nutzenden Eingängen zweier Spielhallen zu messen. Auch wenn der Gesetzgeber ausdrücklich nicht auf den zurückzulegenden Fußweg, sondern auf die Luftlinie abgestellt hat, ist diesem Schutzzweck folgend, der Eingang einer Spielhalle relativ am besten als Bezugspunkt für die vorzunehmende Messung geeignet. Auf die Grundstücksgrenze oder den Gebäudeeingang kann hingegen mangels abweichender landesgesetzlicher Anhaltspunkte – wie sie etwa in Berlin bestehen – nicht abgestellt werden, weil dort der Zugang zu der Spielhalle, auf die das Gesetz ausdrücklich abstellt, noch nicht zwingend eröffnet ist, insbesondere wenn der Eingang einer Spielhalle weiter von der Grundstücksgrenze entfernt bzw. innerhalb eines Gebäudes liegt. 42

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 16.10.2017 – 4 A 1607/16 –, ZfWG 2018, 29 = juris, Rn. 72; Sächs. OVG, Beschluss vom 15.1.2019 – 3 B 369/18 –, juris, Rn. 15; siehe auch § 51 Abs. 5 Satz 2 LGlüG Bad.-Württ. 43

Entsprechendes gilt für die in dem für die Gesetzesauslegung nicht maßgeblichen Erlass des Ministeriums für Inneres und Kommunales vom 10.5.2016, S. 5, vertretene Auffassung, es sei auf den Gebäudemittelpunkt abzustellen. Auch dieser bildet den Bezugspunkt für den Zugang zur Spielhalle jedenfalls schlechter ab als ihr Eingang. 44

2. Begehren nach Ablauf der Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV mehrere Betreiber von Spielhallen, die zueinander das Mindestabstandsgebot nicht einhalten, die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis, bedarf es zur Auflösung der Konkurrenzsituation einer Auswahlentscheidung. Diese von der Behörde zu treffende Auswahlentscheidung ist eine Ermessensentscheidung, die nach Maßgabe des § 114 VwGO der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle (nur) daraufhin unterliegt, ob die Behörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (§ 40 VwVfG NRW). 45

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 –, juris, Rn. 23 f., m. w. N. 46

Die in die Auswahlentscheidung einzustellenden Kriterien (Auswahlparameter) lassen sich dem Gesetz entnehmen und wurden durch die die Behörde bindenden Erlasse des Ministeriums für Inneres (und Kommunales) näher konturiert. Insbesondere kann im Rahmen der Auswahl zunächst auf die Regelung zur Härtefallbefreiung nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zurückgegriffen werden. Die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber gebietet auch ohne ausdrückliche gesetzliche Präzisierung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht. Das gilt auch, sofern bei der erforderlichen Auswahlentscheidung zusätzlich Erlaubnisanträge neu in den Markt eintretender Bewerber einzubeziehen sind, wobei grundrechtsrelevante Positionen 47

der Betreiber von Bestandsspielhallen zu berücksichtigen bleiben. Dazu zählt etwa die Amortisierbarkeit von Investitionen. Zudem ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV, dass bereits bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten Ziele des § 1 GlüStV zu beachten sind und bei Bestandsspielhallen überdies der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33i GewO zu berücksichtigen ist. Diese gesetzlichen Vorgaben sind ergänzend durch die über das Internet allgemein zugängliche Ministerialerlasse vom 10.5.2016 und 6.11.2017 näher konturiert worden, die weitere Hinweise zu den heranzuziehenden Kriterien enthalten und der Ausübung des Ermessens durch die hieran gebundenen Behörden zusätzliche Grenzen setzen.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 16.8.2019 – 4 B 659/18 –, juris, Rn. 55 f., und vom 14.6.2019 – 4 B 1488/18 –, juris, Rn. 14 ff., jeweils m. w. N. und unter Hinweis auf BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u. a. –, BVerfGE 145, 20 = juris, Rn. 179 ff., 182 ff. 48

Die in der Auswahlentscheidung auch zu berücksichtigenden Ziele des § 1 GlüStV erfordern einen Vergleich der konkurrierenden Spielhallen daraufhin, welche besser geeignet ist, die Ziele des Staatsvertrags zu erreichen. Solche Unterschiede können sich unter anderem aus Besonderheiten des Umfeldes des jeweiligen Standorts oder aus der Art der zu erwartenden Betriebsführung der einzelnen Betreiber ergeben. Hierbei ist etwa maßgeblich, inwieweit prognostisch von einem rechtstreuen Verhalten des Spielhallenbetreibers auszugehen ist, also von der Einhaltung von Vorschriften, die gerade die Erreichung der Ziele des § 1 GlüStV sicherstellen sollen. Vorgaben für die Betriebsführung, durch die der Gesetzgeber die abstrakten Zielvorgaben des § 1 GlüStV konkretisiert hat, finden sich insbesondere in den Vorschriften, auf die der Landesgesetzgeber in § 16 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 AG GlüStV NRW Bezug genommen hat. Das sind die Jugendschutzanforderungen nach § 4 Abs. 3 GlüStV, das Internetverbot in § 4 Abs. 4 GlüStV, die Werbebeschränkungen nach § 5 GlüStV, die Anforderungen an das Sozialkonzept nach § 6 GlüStV und die Anforderungen an die Aufklärung über Suchtrisiken nach § 7 GlüStV. Der Glücksspielstaatsvertrag selbst fordert in § 6 Satz 2 GlüStV zudem, dass die Vorgaben des Anhangs zum Glücksspielstaatsvertrag „Richtlinien zur Vermeidung und Bekämpfung von Glücksspielsucht“ von den Spielhallenbetreibern zu erfüllen sind. Auch in diesen Richtlinien finden sich qualitative Anforderungen an die Betriebsführung. Weitere Kriterien für die Bewertung der Betriebsführung lassen sich den für die Behörden verbindlichen Erlassen vom 10.5.2016 und 6.11.2017 des Ministeriums für Inneres (und Kommunales) des Landes Nordrhein-Westfalen entnehmen. Hierzu gehören: Die gesetzliche Einhaltung der Vorgaben zu äußerer und innerer Gestaltung der Spielhalle, die Einhaltung baurechtlicher Anforderungen, keine unerlaubten Glücksspiele, die Einhaltung und sichtbare Ausweisung gesetzlich vorgeschriebener Öffnungszeiten, gültige PTB-Prüfplakette sichtbar vorhanden, Übereinstimmung der tatsächlichen Flächen mit § 3 Abs. 2 Satz 1 SpielV, keine illegalen Unterhaltungsspielgeräte, keine Sportwettenterminals vorhanden, keine unerlaubten EC-Kartenautomaten und keine internetfähigen Computer im Betrieb vorhanden. 49

Der Bewertung, in welchem Maße von den konkurrierenden Spielhallen oder Betreibern materielle Anforderungen an die Betriebsführung erfüllt werden, und die Berücksichtigung von etwaigen hinreichend gewichtigen Unterschieden in der Auswahlentscheidung steht nicht entgegen, dass die Erfüllung materieller 50

Anforderungen ohnehin Voraussetzung für die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis ist.

Zwar ist nach §§ 24 Abs. 2 Satz 1 GlüStV, 16 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 AG GlüStV NRW eine glücksspielrechtliche Erlaubnis zu versagen, wenn die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle den Zielen des § 1 GlüStV zuwiderläuft bzw. die Einhaltung der in § 16 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 AG GlüStV NRW genannten Anforderungen nicht sichergestellt ist. Hierdurch wird gewährleistet, dass die Spielhallen, die den qualitativen Kriterien nicht genügen, aus der Auswahl ausscheiden. Die die Anforderungen erfüllenden Spielhallen stehen insoweit auf einer Stufe. 51

Vgl. BVerwG, Urteil vom 16.12.2016 – 8 C 6.15 –, BVerwGE 157, 126 = juris, Rn. 55. 52

Ausgehend hiervon mag es dem Landesgesetzgeber offen stehen, durch ausdrückliche gesetzliche Anordnung zu bestimmen, dass (etwa aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität) in der Auswahlentscheidung durch die Behörde nicht weiter zu bewerten ist, inwieweit zwischen den die Erlaubnisvoraussetzungen beachtenden, insoweit auf einer Stufe stehenden, Bewerbern Unterschiede vorliegen, die sich auf die Erreichung bzw. Förderung der Ziele des § 1 GlüStV auswirken können. 53

Vgl. dies annehmend Hamb. OVG, Beschluss vom 9.7.2018 – 4 Bs 12/18 –, ZfWG 2018, 449 = juris, Rn. 104, für das dortige Landesrecht; zum Losverfahren nach dem Berliner Landesrecht BVerwG, Urteil vom 16.12.2016 – 8 C 6.15 –, BVerwGE 157, 126 = juris, Rn. 54 f. 54

Im nordrhein-westfälischen Landesrecht findet sich aber gerade keine derartige Regelung. Schon deshalb verbleibt es dabei, dass nach den gesetzlichen Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrags, wie sie durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts festgestellt wurden, sowie dem Rechtsgedanken aus § 29 Abs. 4 Satz 4 Halbsatz 2 GlüStV auch die Ziele des § 1 GlüStV, die durch weitere Vorschriften und Ministerialerlasse konkretisiert werden können, bei der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen sind. Ein dem Vergaberecht vergleichbar gestuftes Verfahren, in dem auf der ersten Stufe Eignungskriterien zu erfüllen sind, die bei der Auswahl auf der zweiten Stufe dann nicht mehr zur Differenzierung herangezogen werden dürfen, hat der Gesetzgeber für konkurrierende Spielhallen gerade nicht vorgesehen. 55

Vgl. hierzu näher OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 –, juris, Rn. 28 ff., m. w. N. 56

Ergibt der Vergleich der konkurrierenden Spielhallen, dass eine von ihnen besser Gewähr für die Förderung der Ziele des Staatsvertrags als die Konkurrenten bietet, ist die Auswahl eines dieser Konkurrenten allein wegen seiner Bestandsschutz- und Vertrauensschutzinteressen sachwidrig. Bei der Auswahlentscheidung sind nach dem Zweck der Ermächtigung die (dauerhaft anzustrebenden) Ziele des § 1 GlüStV gegenüber Bestandsschutz- und Vertrauensschutzinteressen, denen im Rahmen von Härtefallentscheidungen (nur vorübergehend) Rechnung getragen werden kann, jedenfalls nicht nachrangig. Dies ergibt sich schon aus den Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags selbst. Bestandsschutz- und Vertrauensschutzgesichtspunkte können bei unzumutbaren Belastungen eine Erlaubniserteilung nur für einen angemessenen (begrenzten) Zeitraum rechtfertigen, § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV. Würde aber ein im Hinblick auf die Erfüllung der Ziele 57

des § 1 GlüStV vorzuziehender Bewerber zu Gunsten eines anderen Bewerbers abgelehnt, nur weil Bestandsschutz- und Vertrauensschutzgesichtspunkte für diesen sprechen, würde der ausgewählte Betreiber aller Voraussicht nach den unterlegenen Konkurrenten nicht nur für einen angemessenen Zeitraum, sondern dauerhaft verdrängen. Denn der unterlegene Bewerber muss sein Geschäft wegen des Mindestabstandsgebots aufgeben.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 –, juris, Rn. 44 ff., m. w. N. 58

Von der Notwendigkeit, nach Ablauf der Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV eine Auswahlentscheidung zu treffen, wird die Behörde nicht dadurch entbunden, dass sie Härtefallerlaubnisse nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV unter Befreiung von der Einhaltung des Mindestabstandsgebots erteilt. Denn der erforderliche Vergleich der Konkurrenten im Hinblick auf die Erfüllung der Ziele des § 1 GlüStV würde dann nicht stattfinden. Betreiber, die im Hinblick auf die Erfüllung der Ziele der § 1 GlüStV besser geeignet sind als Konkurrenten, könnten sich nicht durchsetzen. Damit würden letztlich – entgegen der genannten Anforderung – Bestands- und Vertrauensschutzinteressen gegenüber den Zielen des § 1 GlüStV dauerhaft vorrangig bewertet. Das gesetzlich vorausgesetzte und geforderte Auswahlverfahren würde der Sache nach nicht durchgeführt werden. Dass dieses nach Ablauf der Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV aber notwendig ist, ist schon höchstrichterlich geklärt. 59

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u. a. –, BVerfGE 145, 20 = juris, Rn. 183 f. 60

Der Hinweis in dem Erlass des Ministeriums für Inneres und Kommunales vom 10.5.2016, S. 4, dass „eine Auswahlentscheidung im Rahmen einer Härtefallentscheidung nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV unter konkurrierenden Spielhallen getroffen“ werde, ist deshalb irreführend und entspricht nicht den gesetzlichen Vorgaben in Nordrhein-Westfalen. Da Härtefallerlaubnisse nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV unter Befreiung von der Einhaltung des Mindestabstandsgebots lediglich für einen vorübergehenden Zeitraum erteilt werden können, würde durch deren Erteilung ohne Durchführung eines Auswahlverfahrens die für die Zeit nach Ablauf der Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV notwendige Auswahl zwischen bestehenden Spielhallen, die an sich bereits vor Ablauf der Übergangsfrist hätte getroffen werden müssen, 61

vgl. OVG NRW, Beschluss vom 8.6.2017 – 4 B 307/17 –, NWVBl. 2017, 431 = juris, Rn. 71, 62

im Übrigen nur auf einen späteren Zeitpunkt (nach Auslaufen der Härtefallerlaubnisse) verschoben, was gesetzlich gerade nicht vorgesehen ist. Auch verändert sich der Charakter der Auswahlentscheidung nicht nur deshalb, weil die behördliche Auswahlentscheidung verzögert wird, dahingehend, dass anstelle einer am Glücksspielstaatsvertrag ausgerichteten Auswahlentscheidung eine an dem Grundsatz der Effektivität der Gefahrenabwehr auszurichtende Störerauswahl vorzunehmen wäre. 63

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 –, juris, Rn. 30. 64

Eine vorrangige Betrachtung von Bestandsschutzinteressen in der Auswahlentscheidung lässt sich auch nicht dadurch rechtfertigen, dass so insgesamt weniger Spielhallen eine Erlaubnis erhalten würden, also das ebenfalls in 65

§ 1 GlüStV zu verortende Ziel der Reduzierung der Spielhallendichte gefördert würde.

Vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 16.4.2018 – 6 S 2250/17 –, ZfWG 2018, 319 = juris, Rn. 8 f. 66

Zwar ist es im Ausgangspunkt zutreffend, dass die nur nachrangige Betrachtung von Bestandsschutz- und Vertrauensschutzgesichtspunkten in der Auswahlentscheidung und das Erfordernis der Auswahl langfristig verbleibender Spielhallen, zu denen vorübergehend Härtefallerlaubnisse für Spielhallen hinzutreten, die das Mindestabstandsgebot verletzen, die Anzahl an Spielhallen vorläufig weniger stark reduzieren. Wenn hierdurch Spielhallenbetreiber, die Anspruch auf eine Härtefallerlaubnis haben, im Auswahlverfahren in Nordrhein-Westfalen nicht schon deswegen dauerhaft ausgewählt werden dürfen, müssen sie anschließend trotz Verletzung des in § 16 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 AG GlüStV NRW festgelegten Mindestabstands aus Härtefallgründen unter Inanspruchnahme einer Befreiung nach § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV (zusätzlich) zugelassen werden. Eine solche Folge tritt aber nur zeitweilig ein; sie besteht ausschließlich für den angemessenen Zeitraum, der zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist. Die Ziele des Glücksspielstaatsvertrags werden aber langfristig besser gefördert, wenn nach Ablauf des Härtefallzeitraums der qualitativ bessere Spielhallenstandort bestehen bleibt. Der zur Erreichung der Ziele des Staatsvertrags besser geeignete Standort oder Spielhallenbetreiber würde jedoch, wie ausgeführt, bei der vorrangigen Berücksichtigung von Härtefallinteressen voraussichtlich dauerhaft verdrängt. 67

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 –, juris, Rn. 54 ff. 68

3. Ausgehend von diesen Maßstäben hat die Klägerin schon deshalb keinen Anspruch auf die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis, weil in dem von der Beklagten noch durchzuführenden Auswahlverfahren das Ermessen der Beklagten nicht dahingehend reduziert ist, zwingend eine Entscheidung zu Gunsten der Klägerin zu treffen. 69

Ein Auswahlverfahren ist hier erforderlich, weil die Spielhalle der Klägerin den Abstand von 350 m Luftlinie zu vier anderen Spielhallen nicht einhält. Die Klägerin muss das Abstandsgebot zumindest grundsätzlich auch zu den beiden Spielhallen einhalten, zu denen der Luftlinienabstand nicht eingehalten wird, der Fußweg aber 350 m überschreitet (Q. 16, A. . 11). Denn § 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW stellt auf die Luftlinie und nicht auf den Fußweg ab. 70

In dem noch durchzuführenden Auswahlverfahren sind auch die Betreiber einzubeziehen, die bereits eine Härtefallerlaubnis unter Befreiung von der Einhaltung des Mindestabstandsgebots erhalten haben. Da die Härtefallerlaubnis die Auswahlentscheidung nicht ersetzen kann, ist der Antrag der betroffenen Betreiber auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis noch nicht vollständig beschieden worden. Auch sie haben einen Anspruch darauf, dass die Beklagte zunächst prüft, ob sie sich im Auswahlverfahren durchsetzen können. Dass sie ihr Begehren auf Erhalt einer Erlaubnis ohne Härtefallbefreiung aufgegeben haben, ist nicht ersichtlich. 71

Konkurrieren demnach mehrere Betreiber um den Erhalt einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis, darf der Senat die von der Beklagten zu treffende Auswahlentscheidung nicht ersetzen. Angesichts der verschiedenen 72

Auswahlkriterien, deren Erfüllung bislang noch nicht ermessensfehlerfrei abgewogen worden ist, besteht kein Anhalt dafür, dass die Auswahl zwingend zu Gunsten der Klägerin ausfallen müsste.

II. Die Anschlussberufung der Beklagten ist unbegründet, weil die auf Neubescheidung des Antrags der Klägerin auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis (unten 1.) und die auf Aufhebung der Schließungsverfügung und Zwangsmittelandrohung (unten 2.) gerichtete zulässige Klage begründet ist. 73

1. Die Ablehnung des Antrags der Klägerin auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis durch den Bescheid der Beklagten vom 6.9.2017 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Die Beklagte ist verpflichtet, den Antrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden, § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO. 74

Die Klägerin hat aufgrund ihres Antrags auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach den §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW einen Anspruch auf Beteiligung an dem in Folge der Nichteinhaltung des Mindestabstandsgebots nach Ablauf der Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV notwendigen und noch durchzuführenden Auswahlverfahren. 75

Gründe, aus denen der Antrag der Klägerin nach §§ 24 Abs. 2 Satz 1 GlüStV, 16 Abs. 2 Satz 2 AG GlüStV NRW zwingend abzulehnen wäre, sind nicht ersichtlich. Hiervon geht auch die Beklagte aus. 76

Die den vier Konkurrenten der Klägerin, zu denen die Spielhalle der Klägerin das Mindestabstandsgebot nicht einhält, erteilten glücksspielrechtlichen Erlaubnisse stehen dem Anspruch der Klägerin nicht entgegen. Denn bei diesen Erlaubnissen handelt es sich um Härtefallerlaubnisse gemäß § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV unter Befreiung vom Mindestabstandsgebot. Solche Erlaubnisse können konkurrierenden Betreibern in der nach Ablauf der Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV zu treffenden Auswahlentscheidung nicht entgegengehalten werden. Dies ergibt sich zwar nicht aus dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften, wird von ihnen aber vorausgesetzt. Andernfalls würde die Auswahlentscheidung durch die Härtefallentscheidung ersetzt bzw. in Frage gestellt werden. Nach der gesetzlichen Konzeption der grundrechtskonformen zeitlich gestreckten Rückführung der Anzahl der Spielhallen muss sich das Ergebnis der Auswahlentscheidung nach Ablauf der Überleitungsfrist grundsätzlich gegenüber im Härtewege zugelassenen Spielhallen dauerhaft durchsetzen, sofern sich die Verhältnisse künftig nicht durchgreifend ändern. 77

Die Beklagte darf bei der von ihr noch vorzunehmenden Auswahlentscheidung zumindest nicht allein darauf abstellen, wann den betroffenen Betreibern eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt worden ist. Lediglich wenn die Beklagte bei der Prüfung der Ziele des § 1 GlüStV und der weiteren in die Auswahlentscheidung einzustellenden Kriterien nachvollziehbar keine entscheidungserheblichen Unterschiede zwischen den Spielhallen feststellen kann, wäre es vertretbar, auf den Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis nach § 33i GewO abzustellen. 78

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 14.6.2019 – 4 B 1488/18 –, juris, Rn. 21 f., m. w. N. 79

Auch darf sich die Betrachtung der Erfüllung der Ziele des § 1 GlüStV nicht darauf beschränken, ob die Erlaubnis für die betroffenen Spielhallen aus den in § 16 Abs. 2 Satz 2 AG GlüStV NRW genannten Gründen zwingend zu versagen ist. Eine 80

Differenzierung der Bewerber danach, in welchem Maße sie materielle Anforderungen erfüllen, ist nicht gleichzusetzen mit der Prüfung der Versagungsgründe nach § 16 Abs. 2 Satz 2 AG GlüStV NRW. So kommt beispielsweise in Betracht, dass ein Spielhallenbetreiber gegen bestimmte materielle Anforderungen (zeitweise) verstoßen hat, ohne dass dies die Versagung der Erlaubnis rechtfertigen würde, obwohl auch künftig mit entsprechenden oder ähnlichen geringfügigen Verstößen zu rechnen ist. Dennoch kann sich hierdurch nachvollziehbar ergeben, dass er im Vergleich zu einem stets ohne Beanstandungen tätig gewordenen Spielhallenbetreiber weniger die Gewähr für ein rechtstreues an der Suchtprävention ausgerichtetes Verhalten bietet. Andererseits ist auch denkbar, dass zwar bei keinem der konkurrierenden Betreiber Beanstandungen festzustellen sind, ein Bewerber die gesetzlichen Anforderungen, insbesondere soweit sie unmittelbar auf die Suchtbekämpfung bezogen sind, im Vergleich zu den anderen Bewerbern deutlich übererfüllt und deshalb vorzuziehen ist. Unterschiede zwischen den Bewerbern können sich zudem aus Besonderheiten des Umfeldes des jeweiligen Standorts oder der einzelnen Betreiber ergeben.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 –, juris, Rn. 29, 39. 81

2. Die Schließungsverfügung und die Zwangsmittelandrohung sind rechtswidrig und verletzen die Klägerin in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 VwGO. 82

Rechtsgrundlage der Schließungsverfügung ist § 15 Abs. 2 GewO. Nach dieser Vorschrift kann die zuständige Behörde die Fortsetzung des Betriebs verhindern, wenn ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Erlaubnis, Genehmigung, Konzession oder Bewilligung (Zulassung) erforderlich ist, ohne Zulassung betrieben wird. 83

Die Vorschrift erlaubt auch, die Fortsetzung einer ohne die erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis betriebenen Spielhalle zu verhindern. Im Fall von Spielhallen, die bis zum Ablauf der Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV rechtmäßig betrieben wurden, liegt allerdings nicht der Regelfall vor, auf den § 15 Abs. 2 GewO zugeschnitten ist, in dem nämlich ein gewerblicher Betrieb ohne die erforderliche Erlaubnis begonnen worden ist. Dies ist im Rahmen der Ermessensausübung nach § 15 Abs. 2 GewO zu berücksichtigen. Dem Betreiber ist vor einer Schließung effektiver Rechtsschutz zur Überprüfung einer gegen ihn ergangenen Auswahlentscheidung und nach entsprechender Klärung eine zur ordnungsgemäßen Abwicklung des Betriebs erforderliche Frist zu gewähren. 84

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 18.7.2018 – 4 B 179/18 –, ZfWG 2018, 476 = juris, Rn. 5 ff., 32 ff. 85

Hier hat die Beklagte eine Auswahlentscheidung noch nicht getroffen, ohne dass dies der Klägerin anzulasten ist. Die Schließungsverfügung ist bereits deshalb ermessensfehlerhaft. 86

Im Hinblick auf die gerichtliche Aufhebung der Schließungsverfügung fehlt der auf §§ 55 Abs. 1, 57 Abs. 1 Nr. 3, 62, 63 VwVG NRW gestützten Zwangsmittelandrohung die Grundlage. 87

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO und trägt dem Maß des jeweiligen Unterliegens der Beteiligten Rechnung. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i. V. m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO. 88

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des § 132 Abs. 2 VwGO nicht erfüllt sind. Zwar sind die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags nach § 33 GlüStV revisibel. Es ist aber bereits durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u. a. – geklärt, dass nach Ablauf der Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV ein Auswahlverfahren stattfinden und an welchen Kriterien sich die Auswahlentscheidung grundsätzlich ausrichten muss. 89

Soweit die Gewichtung und der Inhalt der Auswahlkriterien nicht bereits durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts geklärt wurden, beruhen alle weiteren Vorgaben auf nicht revisiblen landesrechtlichen Regelungen. Insoweit erhalten die Auswahlkriterien ihren in Nordrhein-Westfalen maßgeblichen Inhalt erst durch die Konturierung im Landesrecht, die außer durch das Ausführungsgesetz zum Glücksspielstaatsvertrag durch die die Behörden bindenden spielhallenrechtlichen Erlasse erfolgt ist. 90

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 16.8.2019 – 4 B 659/18 –, juris, Rn. 55 f., und vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 –, juris, Rn. 28 ff. 91

Auch bei der den Luftlinienabstand betreffenden Vorschrift des § 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW handelt es sich um nicht revisibles Landesrecht. 92

---

www.nrwe.de
Justiz-ONLINE
NRWE - Rechtsprechungsdatenbank der Gerichte in Nordrhein-Westfalen