

## **OVG Berlin-Brandenburg – Beschluss vom 24.7.2020 – OVG 1 N 77/19**

### **Anciennitätsprinzip ist zulässiges Kriterium für Auswahlentscheidung zwischen Bestandsspielhallen**

OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 24.7.2020 - OVG 1 N 77.19  
(VG Potsdam, Urt. v. 5.9.2019 - 3 K 2260/16)

BbgSpielhG § 2 Abs. 1, § 7 Abs. 1 S. 1; GewO § 33 i

Die Auswahlentscheidung nach § 7 Abs. 1 Satz 1 BbgSpielhG, wonach grundsätzlich der Betreiber einer Spielhalle eine neue Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 BbgSpielhG erhält, der über die älteste Erlaubnis nach § 33 i GewO verfügt, ist nicht zu beanstanden (ebenso OVG Hamburg, Beschluss vom 9. Juli 2018 - 4 Bs 12/18 - juris Rn. 86).

(Amtl. Ls.)

### **Aus den Gründen:**

Der Antrag auf Zulassung der Berufung, mit dem die Klägerin eine Erlaubnis zum Betrieb einer weiteren Spielhalle in der Stadt Schwedt/Oder begehrt, hat keinen Erfolg.

1. Nach dem für die Prüfung des Senats gemäß § 124 a Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 Satz 2 VwGO maßgeblichen Zulassungsvorbringen ist die Richtigkeit des angegriffenen Urteils nicht ernstlich zweifelhaft im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO. Ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit eines Urteils bestehen, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung der angegriffenen Entscheidung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt wird, so dass auch die Richtigkeit des Entscheidungsergebnisses derartigen Zweifeln unterliegt. Hierzu muss sich die Zulassungsbegründung mit den tragenden Erwägungen des angegriffenen Urteils auseinandersetzen und darlegen, warum diese im Ergebnis nicht tragfähig sind. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

Das Verwaltungsgericht hat entschieden, dass die Auswahlregelung in § 7 Abs. 1 Satz 1 des Brandenburgischen Spielhallengesetzes (BbgSpielhG), wonach „im Fall des § 3 (BbgSpielhG) [...] grundsätzlich diejenige Betreiberin [...] einer Spielhalle die Erlaubnis nach § 2 Absatz 1 unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 des Glücksspielstaatsvertrages in Verbindung mit § 2 Absatz 2 dieses Gesetzes (erhält), die [...] über die älteste Erlaubnis nach § 33 i der Gewerbeordnung verfügt“, mit Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG ver-

einbar sei und dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gerecht werde. In Bezug auf das Alter der Alt-Genehmigung als Auswahlkriterium bestünden keine Bedenken.

Diese Ansicht ist in Ansehung des Zulassungsvorbringens nicht ernstlich zweifelhaft. Auf die Entscheidungsgründe im Urteil (S. 12-15) kann gemäß § 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO verwiesen werden.

Soweit die Zulassungsbegründung meint, das Alter der Erlaubnis dürfe nicht (allein) ausschlaggebend für das Auswahlverfahren sein und hierzu auf den Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 8. Januar 2018 - 17 E 10199/17 - verweist, so musste sich das Verwaltungsgericht Potsdam damit nicht auseinandersetzen, weil die erstinstanzliche Entscheidung durch Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Hamburg vom 9. Juli 2018 - 4 Bs 12/18 - (juris Rn. 21 ff. <86>) geändert worden und damit „überholt“ ist, wie die Zulassungsbegründung einräumt. Mit dem Oberverwaltungsgericht Hamburg (a.a.O., Rn. 86) „spricht nichts dagegen, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Auswahlentscheidung u. a. dem Motiv der Fortsetzung des Bestands und Vertrauensschutzes den Vorzug gab. Bei diesem Kriterium handelt es sich nicht um ein sachwidriges Kriterium.“

Die Zulassungsbegründung dringt auch nicht damit durch, dass das Anciennitätsprinzip als alleiniges Auswahlkriterium mit dem aus den grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber erwachsenden Anspruch auf bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität (sog. Optimierungsanspruch) kollidiere. Aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7. März 2017 - 1 BvR 1314/12 - (juris Rn. 185) kann die Klägerin nichts für sich ableiten. Das Bundesverfassungsgericht (a.a.O., Rn. 183) hat entschieden, dass (sogar) das Fehlen von Kriterien im Saarländischen Spielhallengesetz für die bei der Entscheidung über die Wiedererteilung nach Ablauf der Übergangsfrist erloschener Erlaubnisse zu treffende Auswahl zwischen bestehenden Spielhallen mit Altgenehmigungen, die zueinander den Mindestabstand von 500 Metern nicht einhalten, nicht gegen den Vorbehalt des Gesetzes verstoße. Der Gesetzgeber könne die Bewältigung der vielgestaltigen Auswahlkonstellationen anhand sachgerechter Kriterien den zuständigen Behörden überlassen. Die Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber gebiete auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienten, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermögliche (BVerfG, a.a.O., juris Rn. 186). Zu dem hier inmitten stehenden Anciennitätsprinzip hat sich das Bundesverfassungsgericht nicht geäußert. Dass dieses nur als „ultima-ratio“ zum Einsatz kommende Auswahlkriterium zur Auflösung der Konkurrenz zwischen mehreren Spielhallen nicht sachgerecht wäre, hat außer dem Verwaltungsgericht Hamburg - soweit ersichtlich - kein weiteres Gericht entschieden.

Zu § 8 Nr. 2 des Mindestabstandsumsetzungsgesetzes Berlin (MindAbstUmsG BE), wonach letztlich das Los entscheidet, hat das BVerwG im Urteil vom 16. Dezember 2016 - BVerwG 8 C 6.15 - BVerwGE 157, 126 Rn. 55) ausgeführt:

„Soweit sie (die dortige Klägerin) den Losentscheid grundsätzlich in Zweifel zieht, weil dadurch der Zufall zum Rechtsprinzip erhoben werde, übersieht dieser Einwand, dass eine Bestandsspielhalle gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 und 2 MindAbstUmsG BE nur dann in das Auswahlverfahren einbezogen wird, wenn sämtliche qualifizierten Voraussetzungen nach § 2 Abs. 3 SpielhG BE vorliegen und der vorgeschriebene Abstand zu Schulen nach § 2 Abs. 1 Satz 4 SpielhG BE i.V.m. § 5 MindAbstUmsG BE eingehalten ist. Dadurch wird gewährleistet, dass die in das Losverfahren gelangenden Antragsteller und deren Bestandsspielhallen hinsichtlich der für die Eindämmung der Suchtgefahr relevanten inhaltlichen Kriterien auf einer Stufe stehen. Der Gesetzgeber musste im Rahmen des Losentscheides auch nicht den an den einzelnen Standorten vorhandenen Bestandsspielhallen jeweils für sich gleiches Gewicht verleihen, sondern durfte nach § 7 Abs. 1 MindAbstUmsG BE in Übereinstimmung mit § 2 Abs. 1 Satz 2 und 3 SpielhG BE auf den jeweiligen gesamten Standort abstellen. Eine stärkere Gewichtung von Standorten mit Verbundspielhallen war nicht durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz geboten, da sich Spielhallenbetreiber innerhalb der fünfjährigen Übergangsfrist des § 8 Abs. 1 SpielhG BE darauf einstellen mussten, dass künftig nur eine Spielhalle je Standort betrieben werden darf. [...] Da die Zuverlässigkeit des Antragstellers gemäß § 4 Abs. 1 Satz 1 MindAbstUmsG BE i.V.m. § 2 Abs. 3 Nr. 1 SpielhG BE, § 33 c Abs. 2 Nr. 1 GewO zwingende Voraussetzung ist, musste sich dem Gesetzgeber auch keine Auswahl nach der Dauer des Betriebes der jeweiligen Spielhalle durch den Antragsteller (Anciennität) aufdrängen.“

Diese Erwägungen zum Losverfahren (vgl. dazu auch Senatsbeschluss vom 21. April 2020 - OVG 1 S 26/20 -, der dem Vertreter der Klägerin bekannt ist) sind auf das Auswahlkriterium der Anciennität ohne weiteres übertragbar. Da (sogar) das allein vom Zufall abhängige Losverfahren nicht verfassungswidrig ist, gilt dies erst recht für die an den Bestand der bisherigen Alt-Erlaubnis anknüpfende Auswahlentscheidung. Für den Brandenburgischen Gesetzgeber musste sich ein Losverfahren ebenfalls nicht aufdrängen.

Dass es sich bei dem Anciennitätsprinzip einerseits um ein objektives formales Kriterium handelt, dass an die verfassungsrechtlich geprägten Inhalte des Bestands- und Vertrauensschutzes anknüpft, macht dieses Kriterium weder inhaltlich unplausibel oder intransparent noch bewirkt es eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung (vgl. VGUrteil, S. 13). Das Alter der Erlaubnisse der hier miteinander konkurrierenden Spielhallen liegt rd. vier Jahre auseinander; eine darauf abstellende Differenzierung ist nicht willkürlich. Der Hinweis der Klägerin, dass eine (praktikable) Auswahlentscheidung neben dem Alter der

Spielhalle auch weitere sachgerechte Kriterien erfassen und abbilden kam, führt wegen des dem Gesetzgeber zustehenden Regelungsspielraums auf keine andere Beurteilung.

2. Der Zulassungsgrund einer grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO ist ebenfalls nicht dargelegt. Die Voraussetzungen dieses Zulassungsgrundes liegen nur dann vor, wenn für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts eine grundsätzliche, bisher in der Rechtsprechung noch nicht geklärte Rechts- oder Tatsachenfrage von Bedeutung war, die auch für die Entscheidung im Berufungsverfahren erheblich ist und deren Klärung im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung oder der Fortbildung des Rechts geboten erscheint (stRspr.).

Die Frage, „ob die Auswahlregelung in § 7 Abs. 1 Satz 1 BbgSpielhG materiell verfassungsgemäß ist“, lässt sich anhand der vorliegenden obergerichtlichen Rechtsprechung im Zulassungsverfahren hinreichend sicher beantworten (s.o.). Allein der Umstand, dass der Senat hierzu bislang keine Entscheidung zu treffen hatte, führt nicht auf eine grundsätzliche Bedeutung.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1 und 3, § 52 Abs. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

[...]