

## OVG Hamburg – Beschl. v. 09.07.2018 – 4 Bs 12/18

### **Alter des Spielhallenstandortes ist zulässiges Auswahlkriterium bezüglich des Weiterbetriebes konkurrierender Bestandsspielhallen**

OVG Hamburg, Beschl. v. 9.7.2018 - 4 Bs 12/18

1. Die Abstandsgebote des § 2 Abs. 2 Sätze 2 und 3 HmbSpielhG, wonach der Abstand zwischen Spielhallenstandorten 500m bzw. 100m nicht unterschreiten soll, stehen als Berufsregelungen formell mit Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und materiell mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG sowie mit Unionsrecht im Einklang.
2. Die Auswahlbestimmung des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG, wonach in dem Fall, dass mehrere Bestandsspielhallen den Abstand nicht einhalten, der länger bestehenden Spielhalle der Vorrang zukommt, verstößt nicht gegen Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG.
3. Die Fortsetzung des Bestands- und Vertrauensschutzes, die u. a. in dem Auswahlmerkmal des Alters des Spielhallenstandortes zum Ausdruck kommt, stellt nach dem HmbSpielhG und dem GlüStV keinen sachwidrigen, nicht vorhersehbaren oder unverhältnismäßigen Grund dar.
4. Zu den Anforderungen an die Erteilung einer Erlaubnis an den Betreiber einer Bestandsspielhalle im Befreiungswege wegen einer unbilligen Härte nach § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG.

**(Amtl. Ls.)**

Art. 3 Abs. 1, Art. 12 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG; § 2 Abs. 2, § 9 Abs. 1 und 4 HmbSpielhG

(VG Hamburg, Beschl. v. 8.1.2018 - 17 E 10199/17)

**Aus den Gründen:**

**I.**

Die Antragstellerin begehrt die weitere Duldung des Betriebs ihrer Spielhalle.

Die Antragstellerin, eine GmbH, betreibt am Standort X-Straße in Hamburg eine Spielhalle.

Hierfür hatte ihr die Antragsgegnerin 2004 eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt.

Am 24. November 2016 beantragte die Antragstellerin die Erteilung einer Erlaubnis nach dem Hamburgischen Spielhallengesetz (v. 4.12.2012, HmbGVBl. S. 505, zuletzt geänd. durch G. v. 20.7.2016, HmbGVBl. S. 323, - HmbSpielhG -) ab dem 1. Juli 2017. Mit dem Antrag legte sie alle erforderlichen Unterlagen fristgerecht vor. Am 29. November 2016 machte sie eine unbillige Härte geltend und begehrte die Befreiung von der Anforderung des § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG (Mindestabstand zu anderen Spielhallen), des § 2 Abs. 2 Satz 4 HmbSpielhG (Abstand zu Kinder- und Jugendeinrichtungen) und des § 4 Abs. 3 Satz 1 HmbSpielhG (Gerätereduzierung). Sie führte aus, eine Anpassung des Betriebes an die Anforderungen des HmbSpielhG sei aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen nicht möglich und mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar. Weitere Unterlagen zu ihrer wirtschaftlichen Situation legte sie nicht vor. Mit Schreiben vom 16. Mai 2017 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, nach Aktenlage sei die beantragte Erlaubnis zu versagen, weil ihre Spielhalle in Konkurrenz mit anderen Bestandsspielhallen stehe, für die ebenfalls ein Erlaubnisantrag zum Weiterbetrieb der Spielhalle ab dem 1. Juli 2017 gestellt worden sei. Nach § 9 Abs. 4 HmbSpielhG habe die länger bestehende Spielhalle einer Konkurrentin Vorrang. Auf die Gerätereduzierungspflicht finde § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG keine Anwendung. Die Antragsgegnerin gab der Antragstellerin Gelegenheit, zum Alter des eigenen Spielhallenstandortes und zum Nachweis der Voraussetzungen einer Befreiung nach § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG fristgerecht vorzutragen. Weiterer Vortrag der Antragstellerin erfolgte nicht.

Für die (konkurrierende) Spielhalle der A. GmbH in der X-Straße in Hamburg wurde mit Bescheid vom 17. Juli 2017 nach § 2 HmbSpielhG eine Erlaubnis zum Betrieb ab dem 1. Juli 2017 erteilt.

Mit Bescheid vom 17. Juli 2017 lehnte die Antragsgegnerin den Antrag der Antragstellerin ab, ihr die beantragte Erlaubnis zum Weiterbetrieb ihrer Spielhalle zu erteilen. Zur Begründung wies sie darauf hin, die Erlaubnis sei nach § 2 Abs. 5 Nr. 4 i. V. m. § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG zu versagen, weil die Spielhalle den Abstand zu weiteren Unternehmen unterschreite und eine andere Bestandsspielhalle in der Entfernung unterhalb des Mindestabstands an einem älteren Standort im Sinne des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG gelegen sei. Für diese sei eine Erlaubnis zum Betrieb ab dem 1. Juli 2017 erteilt worden. Der Standort werde bereits seit Juli 1975 zum Betrieb einer Spielhalle genutzt. Diese Spielhalle habe Vorrang vor der Spielhalle der Antragstellerin, die seit September 1982 an dem Standort betrieben werde. Die begehrte Befreiung von der Anforderung des § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG könne nicht erfolgen, da die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG nicht vorlägen.

Die Widersprüche der Antragstellerin gegen den ablehnenden Bescheid und gegen die Ertei-

lung der Erlaubnis an die A. GmbH wies die Antragsgegnerin mit Widerspruchsbescheiden vom 10. Oktober 2017 zurück. Sie führte aus, die Auswahlentscheidung zwischen den nach § 2 Abs. 2 HmbSpielhG konkurrierenden Spielhallen sei rechtmäßig auf der Grundlage des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG getroffen worden. Die Auswahlentscheidung sei mit Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Sie sei sachgerecht und das Auswahlkriterium sei ausreichend. Der europarechtliche Einwand der Antragstellerin sei unbegründet. Die Antragstellerin habe Gelegenheit gehabt, zum Alter des von ihr genutzten Spielhallenstandortes und zu den materiellen Kriterien, die nach § 2 Abs. 2, § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG zu berücksichtigen seien, vorzutragen. Die Erteilung der Erlaubnis zum Weiterbetrieb an die konkurrierende Spielhalle sei rechtmäßig gewesen. Sie liege an einem älteren Standort im Sinne des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG. Eine Erlaubnis sei der Antragstellerin auch nicht mittels einer Befreiung nach § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG zu erteilen.

Die Antragstellerin hat am 13. November 2017 mit dem Ziel Klage erhoben, ihr unter Aufhebung der entgegenstehenden Bescheide vom 17. Juli 2017 und vom 10. Oktober 2017 eine Erlaubnis zu erteilen und die der konkurrierenden A. GmbH erteilte Erlaubnis vom 17. Juli 2017 und den darauf bezogenen Widerspruchsbescheid vom 10. Oktober 2017 aufzuheben (17 K 9168/17). Über die Klage ist noch nicht entschieden worden.

Am 20. Dezember 2017 hat die Antragstellerin um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Sie hat u.a. geltend gemacht: Ihr stünden ein Anordnungsanspruch und ein Anordnungsgrund im Sinne des § 123 Abs. 1 VwGO zu.

[...]

Mit Beschluss vom 8. Januar 2018 hat das Verwaltungsgericht die Antragsgegnerin im Wege einstweiliger Anordnung verpflichtet, gegenüber der Antragstellerin keine Maßnahmen zur Beendigung oder Sanktionierung des Weiterbetriebs der in der X-Straße belegenen Spielhalle zu ergreifen.

[...]

## **II.**

A Mit ihrer Beschwerdebegündung, auf die gemäß § 146 Abs. 4 Satz 3 und 6 VwGO abzustellen ist, hat die Antragsgegnerin die Entscheidung des Verwaltungsgerichts hinreichend in Zweifel gezogen. Sie hat u. a. eingewandt, entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts sei § 9 Abs. 4 HmbSpielhG verfassungsgemäß. Bei einer Vorrangentscheidung zwischen konkurrierenden Spielhallen könnten der Grundsatz des Vertrauens- und Bestandsschutzes und das Anciennitätsprinzip nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des

Bundesverfassungsgerichts berücksichtigt werden. Die vom Verwaltungsgericht alternativ in Betracht gezogenen ökonomischen Kriterien oder z.B. Aspekte des Jugend- und Spielerschutzes seien für eine Auswahlentscheidung nicht praktikabel. Mit ihrem Vortrag hat die Antragsgegnerin daher die Wertung des Verwaltungsgerichts mit beachtlichen Argumenten ernstlich in Zweifel gezogen.

B Damit ist das Beschwerdegericht verpflichtet, über die Beschwerde ohne die aus § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO folgende Beschränkung auf die Beschwerdebegründung zu entscheiden. Danach sind die Anträge der Antragstellerin auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes im Wesentlichen zulässig, haben aber in der Sache keinen Erfolg.

1. Die Anträge sind mit Ausnahme des 1. Hilfsantrags zulässig.

Der Hauptantrag der Antragstellerin und der 2. und 3. Hilfsantrag sind nach §§ 122 Abs. 1, 88 Abs. 1 VwGO dahingehend zu verstehen, dass sie darauf gerichtet sind, die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Betrieb ihrer Bestandsspielhalle in der X-Straße in Hamburg nach Ablauf der bis zum 31. Dezember 2017 erfolgten Duldung des Betriebs bis zur rechtskräftigen Entscheidung über ihren Antrag auf Weiterbetrieb vorläufig weiter zu dulden, ohne dass die Antragstellerin die Einleitung eines ordnungsrechtlichen Verfahrens mit dem Ziel der Schließung der Spielhalle oder eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens wegen Betriebens einer Spielhalle ohne die erforderliche Erlaubnis befürchten muss. Dies schließt das (wohl mit dem 2. Hilfsantrag der Sache nach verfolgte) Rechtsschutzziel ein, vorläufig bis zur rechtskräftigen Entscheidung über ihren Erlaubnisantrag die Spielhalle ohne die erst im Hauptsacheverfahren zu erstreitende Erlaubnis weiter betreiben zu können. Dieses Rechtsschutzziel ist durch eine Sicherungsanordnung gemäß § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO zu erreichen. Der 1. hilfsweise gestellte Antrag, festzustellen, dass das Fehlen einer rechtlichen Erlaubnis die Antragstellerin bis zu einer Änderung der Sach- und Rechtslage nicht daran hindert, ihre Spielhalle am Standort X-Straße in Hamburg weiter zu betreiben, ist vor dem Hintergrund des oben dargestellten Rechtsschutzziels unzulässig. Der Feststellungsantrag wäre in der Hauptsache nach § 43 Abs. 2 VwGO subsidiär gegenüber dem mit der anhängigen Klage verfolgten Anfechtungs- bzw. Verpflichtungsbegehren.

2. Der so verstandene Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung hat in der Sache keinen Erfolg. Die Antragstellerin dürfte nicht verlangen können, dass der Antragsgegnerin nach § 123 Abs. 1 VwGO aufgegeben wird, den Weiterbetrieb ihrer Spielhalle am Standort X-Straße in Hamburg vorläufig bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über ihren Erlaubnisantrag nach dem 1. Januar 2018 zu dulden. Die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 1, Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO).

Das in der Hauptsache (17 K 9168/17) geltend gemachte Begehren, die Antragsgegnerin un-

ter Aufhebung des Bescheids vom 17. Juli 2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 10. Oktober 2017 zu verpflichten, ihr die glücksspielrechtliche Erlaubnis zum Betrieb der Spielhalle X-Straße in Hamburg zu erteilen, und den Bescheid der Antragsgegnerin vom 17. Juli 2017 und den Widerspruchsbescheid vom 10. Oktober 2017, soweit der Firma A. GmbH eine Erlaubnis zum Betrieb der Spielhalle X-Straße in Hamburg erteilt wurde, aufzuheben, dürfte keinen Erfolg haben.

Sie hat voraussichtlich keinen nach § 123 Abs. 1 VwGO sicherungsbedürftigen Anspruch auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach § 2 HmbSpielhG.

Die Antragsgegnerin dürfte zu Recht davon ausgegangen sein, dass der Erteilung einer solchen Erlaubnis ein Versagungsstatbestand entgegensteht.

Nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG bedarf derjenige, der eine Spielhalle oder ein ähnliches Unternehmen nach § 1 Absatz 2 HmbSpielhG betreiben will, der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Die Erlaubnis nach diesem Gesetz gilt zugleich als Erlaubnis nach Artikel 1 § 24 des Ersten Staatsvertrages zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 15. Dezember 2011 (HmbGVBl. 2012 S. 240). Für jeden Spielhallenstandort darf nur ein Unternehmen nach § 1 Absatz 2 HmbSpielhG zugelassen werden (Verbot von Mehrfachkonzessionen, § 2 Abs. 2 Satz 1 HmbSpielhG). Der Abstand zu weiteren Unternehmen nach § 1 Absatz 2 HmbSpielhG soll 500m nicht unterschreiten (Satz 2). Innerhalb der in § 1 Nrn. 1 und 2 der Verordnung über Werbung mit Wechsellicht vom 28. April 1981 (HmbGVBl. S. 91) in der jeweils geltenden Fassung genannten Gebiete soll der Abstand von 100m nicht unterschritten werden (Satz 3). Unternehmen nach § 1 Absatz 2 HmbSpielhG sollen auch nicht in räumlicher Nähe von Einrichtungen eröffnet werden, die ihrer Art nach oder tatsächlich vorwiegend von Kindern und Jugendlichen aufgesucht werden (Satz 4). Nach § 2 Abs. 5 Nr. 4 HmbSpielhG ist die Erlaubnis insbesondere zu versagen, wenn der Abstand zu weiteren Unternehmen gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG oder zu von Kindern und Jugendlichen aufgesuchten Einrichtungen unterschritten wird.

Die Antragstellerin bedarf einer Spielhallenerlaubnis nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG. Sie betreibt eine Spielhalle, die bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestand und für die zum maßgeblichen Zeitpunkt eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt worden war. Diese galt nach § 9 Abs. 1 Satz 1 HmbSpielhG bis zum 30. Juni 2017 als mit dem HmbSpielhG vereinbar und stellt daher ein Bestandsunternehmen dar (vgl. auch § 9 Abs. 6 Satz 1 HmbSpielhG). Der Weiterbetrieb ist nur mit einer (Weiterbetriebs-)Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG zulässig. Eine solche Weiterbetriebserlaubnis dürfte der Antragstellerin nicht zu erteilen sein. Die Voraussetzungen für eine Versagung der Erlaubnis nach § 2 Abs. 5 Nr. 4 HmbSpielhG dürften vorliegen. Die Bestandsspielhalle der Antragstellerin verstößt gegen das Abstandsgebot des § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG (a). Sie kann nicht wegen des

Alters des Standortes ihrer Spielhalle nach der für konkurrierende Bestandsspielhallen geltenden Auswahlregelung des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG den Weiterbetrieb beanspruchen (b). Die Voraussetzungen für die Gewährung des Weiterbetriebs unter Abweichung vom Abstandsgebot wegen einer unbilligen Härte nach § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG liegen nicht vor (c).

a) Dem Betrieb der Antragstellerin steht das in § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG geregelte Abstandsgebot von 500m zwischen Spielhallen entgegen. Die Spielhalle liegt ausweislich der Messung vom 31. Januar 2017 in einem Abstand von 338m zur konkurrierenden Bestandsspielhalle der A. GmbH.

Die Abstandsregelung des § 2 Abs. 2 HmbSpielhG ist im Fall der Antragstellerin anwendbar.

aa) § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG ist verfassungsgemäß.

(1) Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 7. März 2017 (1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111, juris Rn. 97 ff.) festgestellt, dass das Verbot des Verbundes mehrerer Spielhallen, das Abstandsgebot und die Übergangsregelungen formell mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht zur formellen Verfassungsmäßigkeit des § 25 Abs. 1 und 2 GlüStV sowie zu den Mindestabstandsgeboten in § 2 Abs. 1 Satz 3 Spielhallengesetz Berlin und in § 3 Abs. 2 Nr. 2 Saarländisches Spielhallengesetz sowie zur Regelung des § 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV i.V. m. Art. 11 BayAGGlüStV entschieden, dass diese Regelungen dem Recht der Spielhallen im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzuordnen und sind und daher in die Kompetenz des Landesgesetzgebers fallen. Diesen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts folgt das Beschwerdegericht (vgl. auch OVG Hamburg, Ur. v. 7.2.2018, 4 Bf 217/17, juris Rn. 92 m.w.N.).

(2) Die Bestimmungen sind auch materiell mit der Verfassung vereinbar.

(aa) Das Abstandsgebot des § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG ist hinreichend bestimmt und nicht widersprüchlich (siehe dazu unter bb) (1)).

(bb) Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind das Verbundverbot, das Abstandsgebot und die Übergangsregelungen mit Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Zur Begründung hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere ausgeführt, dass die Regelungen in Berlin und im Saarland zum Verbundverbot und zu den Abstandsgeboten den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG an eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung genügen. Die Regelungen dienten mit der Vermeidung und Abwehr der vom Glücksspiel in Spielhallen ausgehenden Suchtgefahren und dem Schutz von Kindern und Jugendlichen einem besonders wichtigen Gemeinwohlziel, da Spielsucht zu schwerwiegen-

den Folgen für die Betroffenen, ihre Familien und die Gemeinschaft führen könne. Mit dem Verbundverbot und dem Abstandsgebot werde das Ziel der Spielsuchtbekämpfung durch eine Beschränkung des insgesamt verfügbaren Spielhallenangebots verfolgt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u. a., NVwZ 2017, 1111, juris, Rn. 131 ff.). Zweck u. a. des Abstandsgebots zu anderen Spielhallen sei die Herbeiführung einer Begrenzung der Spielhallendichte und damit eine Beschränkung des Gesamtangebots an Spielhallen. Diese Einschätzungen der Gesetzgeber seien nicht offensichtlich fehlerhaft. Die Gesetzgeber hätten im Rahmen des ihnen zustehenden und nur in begrenztem Umfang überprüfbareren Einschätzungs- und Prognosespielraums auch davon ausgehen dürfen, dass das Verbundverbot und die Abstandsgebote geeignete und erforderliche Mittel zur Bekämpfung der Spielsucht darstellten. Das Verbundverbot und die Abstandsgebote seien auch angemessen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., a.a.O., juris Rn. 142, 148 ff.). Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere der Eingriffe und dem Gewicht und der Dringlichkeit der sie rechtfertigenden Gründe wahrten die gesetzlichen Regelungen unter Berücksichtigung der weiteren einschränkenden Regelungen des Spielhallenrechts insgesamt die Grenze der Zumutbarkeit und belasteten die Betroffenen nicht übermäßig (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u. a., a. a. O., juris Rn. 169).

Das Abstandsgebot ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch konsequent am Ziel der Spielsuchtbekämpfung ausgerichtet (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., a.a.O., juris Rn. 141 ff.). Das Abstandsgebot bewirkt keine mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbare Ungleichbehandlung von Spielhallenbetreibern gegenüber den Betreibern von Spielbanken und von Gaststätten, in denen Geldspielgeräte aufgestellt sind. Die Regelungen sind konsequent am Ziel der Spielsuchtbekämpfung ausgerichtet, auch wenn Spielhallen, Spielbanken und Gaststätten verschiedenen Regelungen unterworfen sind (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u. a., NVwZ 2017, 1111, juris Rn. 122 ff., 141 - 147; BVerwG, Urt. v. 16.12.2016, 8 C 6.15, BVerwGE 157, 127, juris Nr. 51 ff. m. w. N.). Denn der Betrieb der Spielbanken und von Spielhallen sind in je eigener Weise an den in § 1 GlüStV benannten Zielen, insbesondere der Bekämpfung der Glücksspielsucht und der Begrenzung und Kanalisierung des Spieltriebs ausgerichtet. Diesen Ausführungen schließt sich das Beschwerdegericht an. Die Wertungen sind auf die Bestimmungen des HmbSpielhG - insbesondere hier das Abstandsgebot und Verbundverbot - übertragbar (vgl. auch OVG Hamburg, Urt. v. 7.2.2018, 4 Bf 217/17, juris Rn. 98 ff., Rn. 106 ff. zur Gerätereduzierungspflicht).

Gegen die konsequente Verfolgung des gesetzgeberischen Ziels der Regulierung des Automatenspiels zur Glücksspielprävention spricht auch nicht die Behauptung der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe kürzlich eine aus sieben Hallen bestehende Mehrfachspielhalle in Hamburg-Bergedorf nach den Bestimmungen des neuen HmbSpielhG entgegen § 2 Abs. 2 Sätze 1 und 2 HmbSpielhG zugelassen. Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsätzen vom

17. und vom 22. Mai 2018 dazu ausgeführt, es seien bezogen auf das gesamte Gebiet der Freien und Hansestadt Hamburg für einen Standort sechs Spielhallenerlaubnisse nach der Härteregelung des § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG im Befreiungswege erteilt worden, außerdem für einen weiteren Standort eine Erlaubnis. Die Erlaubnisse seien befristet bis zum 1. März 2019 bzw. bis zum 31. Dezember 2018. Weitere Erlaubnisse im Befreiungswege seien nicht erfolgt. Aus der niedrigen Zahl der zudem zeitnah befristeten Erlaubniserteilungen im Wege der Befreiung von den strengen Anforderungen des HmbSpielhG lässt sich nicht der Schluss ziehen, die Antragsgegnerin erlaube faktisch entgegen den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 2 Abs. 2, 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG in einer maßgeblichen Zahl von Fällen weiterhin Mehrfachspielhallen in Hamburg durch missbräuchliche Anwendung der Härtefallregelung. Aus welchem Grund in den oben genannten Fällen Zweifel an den Voraussetzungen für eine unbillige Härte gegeben sind, wie die Antragstellerin pauschal behauptet, legt diese nicht dar.

bb) Das in § 2 Abs. 2 HmbSpielhG normierte Abstandsgebot verstößt auch nicht gegen unionsrechtliche Bestimmungen. Es ist bereits zweifelhaft, ob Art. 56 AEUV hier Anwendung findet. Dagegen spricht, dass der Gewährleistungsgehalt der unionsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit nur dann eröffnet ist, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt. Dafür reicht es nicht aus, dass die Antragstellerin, andere Spielhallenbetreiber oder Kunden ihrer Spielhallen theoretisch von dieser unionsrechtlichen Grundfreiheit Gebrauch machen könnten (vgl. i.E. offenlassend: BVerwG, Ur. v. 16.12.2016, 8 C 6.15, BVerwGE 157, 127, juris Rn. 83 m. w. N.). Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine nach deutschem Recht gegründete juristische Person mit Sitz in Deutschland; ihre Spielhalle wird in Deutschland betrieben. Für einen den Anwendungsbereich von Art. 56 AEUV eröffnenden grenzüberschreitenden Sachverhalt hat die Antragstellerin bezogen auf ihren Betrieb auch mit der Beschwerdebeurteilung nichts vorgetragen. Dass sie oder im Ausland ansässige Betreiber einen grenzüberschreitenden Handel mit Geldspielgeräten oder deren Betrieb in anderen Mitgliedsstaaten bzw. in Deutschland im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Ur. v. 30.6.2016, C-464/15, juris) beabsichtigen könnten, lässt sich nicht feststellen. Im Ergebnis kann dies jedoch offenbleiben.

Jedenfalls genügt die Regelung den Anforderungen an die Bestimmtheit, Geeignetheit und Kohärenz einer Beschränkung der in Art. 56 AEUV garantierten unionsrechtlichen Dienstleistungsfreiheit.

(1) Die Einwände der Antragstellerin, bereits die Bestimmtheit der Regelung sei aus unionsrechtlicher Sicht zu beanstanden, überzeugen nicht.

Die Antragstellerin macht geltend, die Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG i. V. m. § 2 Abs. Abs. 5 Nr. 4 HmbSpielhG sei für den Anwender nicht klar und in ihren Auswirkun-

gen nicht vorhersehbar, weil nach der erstgenannten Vorschrift der Abstand zu weiteren Unternehmen 500m nicht unterschreiten „solle“, während in der letztgenannten Vorschrift ausgeführt ist, die Erlaubnis „sei“ insbesondere zu versagen, wenn der Abstand zu weiteren Unternehmen „unterschritten werde“. Dies sei widersprüchlich.

Anhaltspunkte dafür, dass dieser Vortrag eine Unionsrechtswidrigkeit rechtfertigen könnte, sind nicht ersichtlich.

Nach den unionsrechtlichen Maßstäben, die denjenigen zur verfassungsrechtlich geforderten Bestimmtheit entsprechen, müssen gesetzliche Regelungen, damit sie dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem daraus folgenden Transparenzgebot genügen, auf objektiven, nicht-diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen, damit u. a. der Ausübung des Ermessens durch die Behörden hinreichend Grenzen gesetzt werden, die seine missbräuchliche Ausübung verhindern (vgl. EuGH, Urt. v. 22.1.2015, C-463/13, juris, Rn. 38; vgl. auch OVG Lüneburg, Beschl. v. 4.9.2017, 11 ME 206/17, juris Rn. 31). Das unionsrechtliche Transparenzgebot dient in erster Linie dazu, für die Betroffenen deutlich zu machen, nach welchen Kriterien eine (Auswahl-)Entscheidung getroffen werden wird und soll ferner die Gefahr von Günstlingswirtschaft und Willkür seitens der Behörde ausschließen (vgl. in Bezug auf die Vergabe von Konzessionen: EuGH, Urt. v. 22.6.2017, C-49/16, juris Rn. 43, 46). Diese Anforderungen dürften die hier relevanten Regelungen erfüllen.

§ 2 Abs. 2 Sätze 2 und 3 HmbSpielhG ermöglicht seinem Wortlaut nach („soll“) in einzelnen, z. B. durch städtebauliche oder geländebezogene Besonderheiten ausgewiesenen Fällen ein Abweichen von der mindestens einzuhaltenden Entfernung von 500m bzw. 100m zwischen Spielhallen mit der Folge, dass in atypischen Ausnahmefällen von dem Gebot abgewichen werden kann (vgl. dazu OVG Hamburg, Beschl. v. 21.1.2016, 4 Bs 90/15, juris Rn. 40). Ein Anwendungsfall dürfte ferner die für Bestandsspielhallen geltende Regelung des § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG sein, die in Härtefällen ein Abweichen von § 2 Abs. 2 Satz 2 und 3 HmbSpielhG ermöglicht. Im Hinblick auf den Regelungsgehalt des § 25 Abs. 1 Satz 1 und 2 GlüStV, den § 2 Abs. 2 HmbSpielhG umsetzt, ist die Soll-Regelung des § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG eng auszulegen. Die Reichweite von gebundenen Regelungen und denjenigen, die in atypischen Fällen ein Abweichen von den grundsätzlich geltenden Anforderungen vorsehen („Soll-Regelungen“), lässt sich mithilfe der allgemeinen Auslegungsregelungen bestimmen und ist daher nicht unklar. Auch die Rechtsfolge ist nicht unbestimmt oder nicht vorhersehbar: Liegt ein atypischer Fall vor, der ein Abweichen von dem Abstandsgebot rechtfertigt, steht der Erlaubniserteilung nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG der Versagungsgrund des § 2 Abs. 5 Nr. 4 HmbSpielhG nicht entgegen.

Die Antragstellerin weist weiter darauf hin, auch § 2 Abs. 2 Satz 4 HmbSpielhG sei insoweit widersprüchlich, als die Regelung als Sollvorschrift ausgestaltet sei und andererseits die Er-

laubnis nach § 2 Abs. 5 Nr. 4 HmbSpielhG zwingend zu versagen sei, wenn die räumliche Nähe zu Kinder- und Jugendeinrichtungen bestehe. Zudem habe die Antragsgegnerin Erlaubnisse an konkurrierende Bestandsspielhallen erteilt und dabei das gesetzlich zwingend vorgesehene Ausschlusskriterium des Abstands zu Kinder- und Jugendeinrichtungen in § 2 Abs. 5 Nr. 4 HmbSpielhG ausdrücklich unberücksichtigt gelassen. Dies ergebe sich aus ihr vorliegenden Schreiben und Bescheiden.

Diese Einwände überzeugen bereits aus den oben dargestellten Gründen nicht. Liegt ein Sachverhalt vor, der Anlass gibt, von dem Tatbestandsmerkmal der fehlenden räumlichen Nähe abzuweichen (vgl. dazu auch Bü-Drs. 20/5877, S. 26; Bü-Drs. 20/9859), ist nach der Systematik der Versagungstatbestand des § 2 Abs. 5 Nr. 4 HmbSpielhG nicht gegeben.

Soweit die Antragsgegnerin Betreibern von Bestandsspielhallen, die in räumlicher Nähe zu Kinder- und Jugendeinrichtungen liegen, Erlaubnisse erteilt hat, wird damit keine nicht am Spielerschutz orientierte und damit nicht kohärente Verwaltungspraxis belegt. Es dürfte sich bereits aus dem Wortlaut des § 2 Abs. 2 Satz 4 HmbSpielhG („eröffnet“) hinreichend deutlich ergeben, dass die Bestimmung für diejenigen (Neu-)Spielhallen gilt, die nicht unter die Regelung des § 9 Abs. 1, 4 und 6 HmbSpielhG fallen. Alt- oder Bestandsspielhallen wurden bei Inkrafttreten des Gesetzes bereits betrieben und sind keine Spielhallen, für die eine erstmalige Erlaubnis erteilt und damit ein Standort „eröffnet“ wird, der den Anforderungen des § 2 Abs. 2 Satz 4 HmbSpielhG genügen muss.

Auch im Übrigen sind keine Anhaltspunkte für eine fehlende Bestimmtheit oder Transparenz gegeben. Die Erlaubniserteilung nach § 2 HmbSpielhG steht nicht im Ermessen der zuständigen Behörden. In Bezug auf § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG, der eine Ermessensentscheidung vorsieht, besitzen die zuständigen Behörden hinsichtlich der seit dem 1. Juli 2017 notwendigen Entscheidung einen Ermessensspielraum, der ggf. gerichtlich prüfbar ist (vgl. zum GlüStV und auch zum dortigen Landesrecht, auch bzgl. der Auswahlkriterien: OVG Lüneburg, Beschl. v. 4.9.2017, 11 ME 206/17, juris Rn. 31; OVG Münster, Beschl. v. 8.6.2017, 4 B 307/17, juris Rn. 61). Unbestimmte Rechtsbegriffe wie eine „unbillige Härte“ oder das Vorliegen eines atypischen Sachverhalts sind uneingeschränkt juristisch überprüfbar.

(2) Das Abstandsgebot wird auch den Anforderungen des Gerichtshofs der Europäischen Union an die staatliche Bekämpfung der Spielsucht im nicht monopolisierten Bereich gerecht.

Danach ist die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit der Unionsrechtsordnung (Art. 56, 49 AEUV) nur dann gerechtfertigt, wenn die restriktive Maßnahme einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses wie dem Schutz der Ver-

braucher und der Sozialordnung (einschließlich der Bekämpfung der Spielsucht), der Betrugsverbeugung oder der Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen entspricht und geeignet ist, die Verwirklichung dieses Ziels dadurch zu gewährleisten, dass sie dazu beiträgt, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten im Glücksspiel in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hier der Fall (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111, juris Rn. 124, unter Hinweis auf Rspr. des EuGH). Das Bundesverwaltungsgericht hat ebenfalls in Bezug auf das hinsichtlich der hier relevanten Regelungen inhaltlich identische Spielhallengesetz Berlin ausgeführt, dass dieses nicht wegen Verstoßes gegen das unionsrechtliche Kohärenzgebot unanwendbar wäre. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass die angegriffenen Beschränkungen für Spielhallen lediglich „scheinheilig“ zur Suchtbekämpfung eingeführt worden wären, tatsächlich aber einem anderen - insbesondere fiskalischen - Zweck dienen. Zu ihnen gebe es auch bereichsübergreifend keine gegenläufigen landesgesetzlichen Regelungen oder eine sie konterkarierende Politik, für die zu prüfen wäre, ob sie die Wirksamkeit der für Spielhallen geltenden Einschränkungen beeinträchtigen könnten (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.12.2016, 8 C6.15, a.a.O., juris Rn. 84 ff.; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 17.3.2017, 1 BvR 1415/12 u.a., juris Rn. 141 ff., s.o.). Diesen rechtlichen und tatsächlichen Wertungen folgt das Beschwerdegericht. Sie lassen sich auf die Situation in Hamburg übertragen (vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 7.2.2018, 4 Bf 217/17, juris Rn. 106 ff., 149 ff. m. w. N., zum Werbeverbot Rn. 209 f., zum behaupteten Vollzugsdefizit Rn. 114).

Soweit die Antragstellerin auf das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 14. Juni 2017 (C-685/15, juris) verweist, wonach

„die Art. 49 und 56 AEUV im Licht des Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dahin auszulegen sind, dass sie einer nationalen Verfahrensregelung, nach der in Verwaltungsstrafverfahren das Gericht, das darüber zu entscheiden hat, ob eine die Ausübung einer Grundfreiheit der Europäischen Union wie der Niederlassungsfreiheit oder des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Europäischen Union beschränkende Regelung mit dem Unionsrecht vereinbar ist, bei der Prüfung des Vorliegens von Verwaltungsübertretungen die Umstände der bei ihm anhängigen Rechtssache von Amts wegen zu ermitteln hat, nicht entgegenstehen, sofern diese Regelung nicht zur Folge hat, dass das Gericht an die Stelle der zuständigen Behörden des betreffenden Mitgliedstaats zu treten hat, denen es obliegt, die Beweise vorzulegen, die erforderlich sind, damit das Gericht prüfen kann, ob die Beschränkung gerechtfertigt ist“, ist nicht ersichtlich, inwieweit diese zu einem anderen Sachverhalt ergangene Rechtsprechung auf den hier vorliegenden Fall übertragbar ist, ein Aufklärungsdefizit der Antragsgegnerin belegt und den Schluss rechtfertigt, diese habe die Erforderlichkeit eines Eingriffs in Grundfreiheiten nicht konkret nachgewiesen und sie bekämpfe die von Geldspielgeräten ausgehenden Suchtgefahren nicht systematisch und kohärent.

cc) Im Fall der Antragstellerin ist das Mindestabstandsgebot von 500m zu beachten. Anhaltspunkte für eine atypische Lage der Spielhallen, die nach § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG eine Abweichung von dem Abstand von 500m rechtfertigen könnte, sind nicht vorgetragen worden und auch nicht ersichtlich.

b) Der Erteilung einer Erlaubnis zum Weiterbetrieb der Spielhalle der Antragstellerin steht entgegen, dass außer ihr mehrere konkurrierende Bestandsspielhallen den Mindestabstand von 500m nicht einhalten und der konkurrierenden Spielhalle der A. GmbH bei der Auswahl wegen des Alters der Spielhalle Vorrang zukommt.

§ 9 Abs. 4 HmbSpielhG bestimmt:

„Wird der Mindestabstand nach § 2 Absatz 2 zwischen bestehenden Unternehmen nach § 1 Absatz 2 nicht eingehalten, hat die länger bestehende Spielhalle Vorrang, ansonsten ist die Gewerbeanmeldung maßgeblich.“

Bei der Bestimmung handelt es sich um einen Eingriff in die Berufsfreiheit im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG, da die der Auswahl dienende Anwendung der Vorschrift dazu führt, dass danach „jüngere“ Bestandsspielhallen keine Weiterbetriebserlaubnis erhalten können.

Die Auswahlregelung des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG findet hier zu Lasten der Antragstellerin Anwendung. Sie dürfte hinreichend bestimmt (aa) und auch im Übrigen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sein (bb). Bei der Auswahl nach dem Alter des Standortes sind die Spielhallen der Antragstellerin nicht zu berücksichtigen (cc).

aa) Die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin kann sich auf gesetzliche Grundlagen stützen, die dem Bestimmtheitsgebot sowie dem Vorbehalt des Gesetzes genügen. (1) Das Bestimmtheitsgebot stellt sicher, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Richter eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können. Ferner erlauben es Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass sich die betroffenen Bürger auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen können. Der Gesetzgeber ist gehalten, seine Regelungen so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Welche Anforderungen an die Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen zu stellen sind, richtet sich auch nach der Intensität der durch die Regelung oder aufgrund der Regelung erfolgenden Grundrechtseingriffe. Es reicht aus, wenn sich im Wege der Auslegung der einschlägigen Bestimmungen mithilfe der anerkannten Auslegungsregeln feststellen lässt, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen. Verbleibende Ungewissheiten dürfen nicht so weit gehen, dass die Vorhersehbarkeit und Justiziabilität

des Handelns der durch die Normen ermächtigten staatlichen Stellen gefährdet ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111, juris Rn. 125).

Der Vorbehalt des Gesetzes erschöpft sich nicht in der Forderung nach einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe. Er verlangt vielmehr auch, dass alle wesentlichen Fragen vom Gesetzgeber selbst entschieden und nicht an deren Normgebern überlassen werden, soweit sie gesetzlichen Regelungen zugänglich sind. Wieweit der Gesetzgeber die für den jeweils geschützten Lebensbereich wesentlichen Leitlinien selbst bestimmen muss, lässt sich dabei nur mit Blick auf den Sachbereich und die Eigenart des Regelungsgegenstandes beurteilen. Bei Auswahlentscheidungen muss der Gesetzgeber selbst die Voraussetzungen bestimmen, unter denen der Zugang zu eröffnen oder zu versagen ist, und er muss ein rechtsstaatliches Verfahren bereitstellen, in dem hierüber zu entscheiden ist. Es genügt, dass sich die erforderlichen Vorgaben mit Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze erschließen lassen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111, juris Rn. 125, 182 ff. m.w.N.; OVG Bautzen, Beschl. v. 22.12.2017, 3 B 320/17, juris Rn. 11).

Diese Maßstäbe hat das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf notwendig werdende Auswahlentscheidungen bei Unterschreiten des Abstandsgebots konkretisiert: Fehlen Kriterien 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 500m nicht einhalten, würde dies nicht gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes verstoßen. Zwar ist der Entzug der Gewerbeerlaubnis wegen des drohenden völligen oder teilweisen Verlusts der beruflichen Betätigungsmöglichkeit von erheblichem Gewicht. Allerdings ist die Belastung des Eingriffs in die Berufsfreiheit in zweifacher Weise abgemildert, und zwar durch die fünfjährige Übergangsfrist und die Möglichkeit einer Härtefallbefreiung bei der Entscheidung über die Wiedererteilung nach Fristablauf (vgl. zum Saarländischen Glücksspielrecht: BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., a.a.O., juris Rn. 183 m.w.N.; vgl. auch BayVerfGH, Entscheidung vom 28.6.2013, Vf. 10-VII-12 u. a., NVwZ 2014, S. 141, juris Rn. 88, 96; StGH Baden-Württemberg, Urt. v. 17.6.2014, IVB 15/13, juris Rn. 356 ff.). Zudem geht es nur um eine Überleitungsregelung für eine bestimmbare Anzahl von Bestandsspielhallen, nicht um die grundsätzliche und allgemeine Zuordnung unterschiedlicher Grundrechtspositionen für eine unbestimmte Vielzahl von zukünftigen Auswahlentscheidungen.

Der Gesetzgeber kann die Bewältigung der vielgestaltigen Auswahlkonstellationen anhand sachgerechter Kriterien den zuständigen Behörden überlassen, da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nur ein geringes Mehr an Bestimmtheit und Rechtsklarheit schaffen könnte. Auch soweit etwa in Innenstädten oder Stadtteilzentren aufgrund der dort bestehenden Gemengelage eine Vielzahl von Konkurrenzsituationen aufgelöst werden muss, erfordert der Vorbehalt des Gesetzes daher jedenfalls derzeit keine ausdrückliche gesetzgeberische Festle-

gung der maßgeblichen Auswahlparameter (vgl. BVerfG, a.a.O., juris Rn. 185f.; vgl. in diesem Sinne auch BVerwG, Urt. v. 16.12.2016, 8 C 6.15, BVerwGE 157, 127, juris Rn. 56, 58). Die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber gebietet es auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, dass sich die zuständigen Behörden eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem maßgeblichen Gebiet ermöglicht (vgl. BVerfG, a. a. O., Rn. 185).

(2) Der Eingriff in die Berufsfreiheit durch die Auswahlregelung des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG genügt diesen Maßstäben.

(a) Die Auswahlentscheidung ist im HmbSpielhG gesetzlich geregelt. Das HmbSpielhG sieht im Hinblick auf die notwendige Auswahl zwischen denjenigen mittelbar und unmittelbar in Zusammenhang stehenden Bestandsspielhallen, die den in § 2 Abs. 2 HmbSpielhG vorgesehenen Abstand unterschreiten, eine Auswahlentscheidung vor, die sich nach dem Alter der Spielhalle, hilfsweise dem der Gewerbebeanmeldung oder bei gleichem Alter der Gewerbebeanmeldung nach dem Los (§ 9 Abs. 6 Satz 5 HmbSpielhG) bestimmt. Der Gesetzgeber hat damit eine eigenständige Regelung zur Auflösung der Konkurrenzlagen getroffen und davon abgesehen, die Auswahl- oder Konkurrenzentscheidung im Rahmen einer Einzelfallentscheidung über die Erteilung der Erlaubnis oder wegen des Vorliegens einer unbilligen Härte im Sinne des § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zu regeln bzw. zu treffen (vgl. dazu OVG Lüneburg, Beschl. v. 4.9.2017, 11 ME 330/17, juris Rn. 16, 17; vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 22.12.2017, 3 B 320/13, juris Rn. 14).

(b) Gegen die Bestimmtheit der Regelung bestehen keine Bedenken. Die Kriterien für die Auswahlentscheidung lassen sich hinreichend deutlich dem Gesetz entnehmen. Geregelt ist der Vorrang der „länger bestehenden Spielhalle“, ansonsten der Spielhalle mit der ältesten Gewerbebeanmeldung. Ist eine Klärung des Alters des Standortes wegen gleichlautender Daten nicht möglich, entscheidet das Los. Bereits dem Wortlaut lässt sich entnehmen, dass es auf das Alter des Spielhallenstandortes (bzw. der Gewerbebeanmeldung) ankommt, nicht auf dasjenige der vor dem 28. Oktober 2011 erteilten Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO. Dies deckt sich mit der Gesetzesbegründung, die dem Gesetzgeber im Jahr 2012 bei der Beschlussfassung der Regelung vor Augen stand. Dort heißt es:

„Absatz 4 regelt den Bestandsschutz. Beim Bestandsschutz hat die ältere Spielhalle Vorrang. Maßgeblich ist in erster Linie die Nutzung des Standortes und nicht das Alter der Erlaubnis, weil sonst hierdurch die als Einzelkaufmann geführten Familienbetriebe einen Nachteil hätten.... In zweiter Linie ist bei gleichem Alter, das insbesondere bei neuen Mehrfachkonzessionen sein kann, das Datum der Gewerbeanzeige bzw. ihre Nummerierung maßgeblich. ...“ (Bü-Drs. 20/5877, S.31).

Danach kommt es darauf an, wann der Standort erstmals für stationäres Automatenglücksspiel genutzt wurde. Nach den zur Auslegung heranzuziehenden, hier dokumentierten Zielen des Gesetzgebers soll die an einem älteren Standort gelegene Spielhalle aus Gründen des Bestandsschutzes weiter betrieben werden können, wenn mehrere Bestandsspielhallen bezogen auf alle Richtungen in einem Abstand von jeweils unter 500m bzw. 100m gelegen sind und daher eine Auswahlentscheidung erforderlich ist. Die Entscheidung, welche dieser Spielhallen weiter bestehen bleibt, bestimmt sich nach der Systematik der Regelung des § 9 Abs. 1, 4 HmbSpielhG zunächst danach, welcher Spielhallenstandort der älteste ist. Bestandsspielhallen, die nicht nach § 9 Abs. 4 HmbSpielhG als ältere Spielhalle fortgeführt werden können, kann dennoch bei Vorliegen der Voraussetzungen eine Weiterbetriebserlaubnis für eine angemessene Zeitdauer aufgrund der Härteregelung des § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG erteilt werden.

bb) Die Regelung dürfte, soweit sie eine Differenzierung nach dem Alter des Standortes bzw. der Gewerbeanmeldung vornimmt, nach Art. 12 i.Vm. Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

(1) Berufsregelungen müssen nicht nur den Anforderungen genügen, die sich unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG ergeben, sie müssen vielmehr auch sonst in jeder Hinsicht verfassungsgemäß sein und insbesondere den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG beachten. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Dabei verwehrt Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind (st.Rspr., vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.7.2010, 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07, BVerfGE 126, 400, juris Rn. 83; BVerfG, Beschl. v. 21.6.2011, 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49, juris Rn. 64). Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab (vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.6.2011, 1 BvR 2035/07, NVwZ 2011, S. 1316, juris Rn. 65 m. w. N.). Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich insbesondere aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben (vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.6.2011, a.a.O.). Denn dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, zu denen auch die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte freie Berufsausübung zählt, nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.1.2012, 1 BvL 21/11, BVerfGE 130, 131, juris Rn. 41, Urt. v. 30.7.2008, 1 BvR 3262/07 u.a., BVerfGE 121, 317, juris Rn. 150 m. w. N.).

Die Ungleichbehandlung muss sachlich gerechtfertigt sein. Erforderlich dafür ist ein hinreichend gewichtiger Grund für die Differenzierung. Zwar ist es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpft, die

er also im Rechtssinn als gleich oder ungleich ansehen will. Der Gesetzgeber muss allerdings eine Auswahl sachgerecht treffen. Der Gleichheitssatz ist im Hinblick auf die Auswahl der unter verschiedene Übergangsfristen fallenden Personengruppen oder Sachverhalte verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder anderweitig einleuchtender Grund für die vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt (vgl. zum Maßstab der Ungleichbehandlung: BVerfG, Beschl. v. 29.9.2010, 1 BvR 1789/10, juris 27 m.w.N.; Urt. v. 30.7. 2008, 1 BvR 3262/07 u.a., BVerfGE 121, 317, juris Rn. 151).

Wie oben bereits ausgeführt, ist die Schwere des durch die Ungleichbehandlung von Bestandsspielhallen nach Ablauf der Übergangsfrist eintretenden Eingriffs in die Berufsfreiheit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits in zweifacher Hinsicht durch die fünfjährige Übergangsfrist und die Möglichkeit einer Härtefallbefreiung nach § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG abgemildert. Auch betrifft die Auswahl nur eine kleine Gruppe von Betreibern (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u. a., a. a. O., Rn. 183).

Für die Frage, ob nach dem oben dargestellten Maßstab eine Ungleichbehandlung von Alt- bzw. Bestandsspielhallenbetrieben nach ihrem Alter sachlich gerechtfertigt ist, kommt es nicht (allein) auf die Erwägungen des Gesetzgebers an. Für die verfassungsrechtliche Prüfung ist nicht ausschlaggebend, ob die maßgeblichen Gründe für die gesetzliche Neuregelung im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich als solche genannt wurden oder gar den Gesetzmaterialien zu entnehmen sind. Nicht die subjektive Willkür des Gesetzgebers führt zur Feststellung eines Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, sondern die objektive Unangemessenheit der Norm im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation, die sie regeln soll (vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.1.2012, 1 BvL 21/11, BVerfGE 130, 131, juris Rn. 47 m. w. N.).

(2) Nach diesem Maßstab fehlt es nicht an hinreichenden und nachvollziehbaren Gründen für eine Auswahl nach dem Alter des Spielhallenstandortes bzw. der Gewerbeanmeldung.

Es 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.

§ 9 Abs. 4 HmbSpielhG ist nach dem Willen des Gesetzgebers als Bestands- bzw. Vertrauensschutzregelung ausgestaltet, die in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht an § 9 Abs. 1 Sätze 1, 2 und 4 HmbSpielhG anknüpft. Dies ist nicht zu beanstanden. Es fehlt nicht an einer Konnexität zwischen dem GlüStV bzw. dem HmbSpielhG und dem Auswahlkriterium.

Nach § 9 Abs. 1 HmbSpielhG gelten Unternehmen nach § 1 Abs. 2, die zum Zeitpunkt des

Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehen und für die bis zum 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis nach § 33 i GewO erteilt worden ist, deren Geltungsdauer nicht vor dem 30. Juni 2017 endet, bis zum 30. Juni 2017 als mit diesem Gesetz vereinbar. Spielhallen, für die nach dem 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis erteilt worden ist, gelten bis zum Ablauf des 30. Juni 2013 als mit diesem Gesetz vereinbar. Die für die Erlaubniserteilung zuständige Behörde kann nach Ablauf des in § 9 Abs. 1 Satz 1 oder 2 HmbSpielhG bestimmten Zeitraums eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen dieses Gesetzes für einen angemessenen Zeitraum zulassen, soweit dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist; hierbei sind der Zeitpunkt der Erlaubnis gemäß § 33 i GewO sowie der Schutzzweck dieses Gesetzes zu berücksichtigen (§ 9 Abs. 1 Satz 4 HmbSpielhG).

Wie diese Regelung, die § 29 Abs. 4 Sätze 2-4 GlüStV ausgestaltet, sowohl nach ihrem Wortlaut als auch nach der Systematik und Zweckrichtung ausweist, hat der Gesetzgeber den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine dem Vertrauen der Betreiber in das Fortbestehen ihrer Rechtsposition im Hinblick auf die Restriktionen des neuen Spielhallenrechts gerecht werdende Regelung Rechnung getragen. Das gleiche Motiv gilt auch, soweit er für den Fall, dass Bestandsunternehmen nach Ablauf der Übergangsfristen ihren Betrieb wegen Verstoßes z. B. gegen die Abstandsregelung des HmbSpielhG nicht fortführen können, bei Vorliegen einer unbilligen Härte die Möglichkeit, eine Erlaubnis unter zeitweiser Befreiung von diesen gesetzlichen Bestimmungen zu erteilen, vorgesehen hat. Insoweit hat der Gesetzgeber die Bestimmung der Auswahlentscheidung, die bei Anwendung der Regelung des § 2 Abs. 2 HmbSpielhG nach Ablauf der Übergangsfrist in Konkurrenzsituationen notwendig wird, systematisch in die Vertrauens- und Bestandsschutzregelungen des § 9 Abs. 1 HmbSpielhG eingefügt.

Damit hat er nicht gegen die Grundsätze des GlüStV verstoßen. Die Vertrauens- und Bestandsschutzregelungen sowohl des GlüStV als auch des HmbSpielhG, an die das Auswahlkriterium anknüpft, sind nicht deshalb sachfremd, weil sie keine Gründe für den Fortbestand einer Spielhalle darstellen, die an § 1 GlüStV und damit an den Belangen der Spielsuchtprävention und des Spielerschutzes orientiert sind. Sie tragen der Tatsache Rechnung, dass die notwendige vollständige Anpassung aller Altbetriebe an die den Gemeinwohlzielen dienenden, deutlich strengeren Regelungen des neuen Spielhallenrechts zu massiven wirtschaftlichen Auswirkungen für diese Betriebe führen kann (vgl. Bü-Drs. 20/5877, S. 31). Diese Belange hatte der Gesetzgeber zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Berufsrecht abzuwägen und in einen Ausgleich zu bringen. Er hat deshalb u. a. Übergangsregelungen geschaffen. Dabei ergibt sich bereits aus der Systematik des GlüStV, dass diese dem Spannungsfeld zwischen dem Erreichen der Ziele des § 1 GlüStV, einerseits in erster Linie und schnellstmöglich den Jugend- und Spielerschutz zu fördern und die negativen Folgen des Glücksspiels zu kanalisieren, und andererseits den durch Art. 12 und Art. 14 GG geschützten Interessen der Betreiber von Alt-Spielhallen Rechnung tragen müssen. Zwar wen-

det die Antragstellerin zu Recht ein, dass sich § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV, soweit dieser das Alterskriterium nennt, lediglich auf die Entscheidung im Härtewege bezieht. Dies hindert den Gesetzgeber aber nicht, auch bei der Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Bestandsspielhallen den Aspekten des Bestands- und Vertrauensschutzes Rechnung zu tragen, die ebenfalls Regelungsinhalt des GlüStV sind (vgl. zum Gestaltungsspielraum: BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111, juris Rn. 137). Soweit die Antragstellerin einwendet, das Auswahlkriterium des Alters sei in den Zielen des § 1 GlüStV nicht erwähnt, trifft dies zu. Allerdings widerspricht § 9 Abs. 4 HmbSpielhG diesen Zielen auch nicht. Weder dem GlüStV noch dem HmbSpielhG lässt sich entnehmen, dass das Kriterium des Vertrauensschutzes mit dem Ablauf der Übergangsfristen am 30. Juni 2017 „verbraucht“ oder „verwirkt“ ist. Dagegen spricht bereits die (nachgelagerte) Härterege lung des § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV, § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG. Eine generelle Regel des Inhalts, dass die Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf den unveränderten Fortbestand einer Gestattung im Verlauf der Zeit eher ab- als zunimmt, lässt sich aus der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. Februar 2018 (7 C 26.16, 7 C 30/17, juris Rn. 41 ff. u. a. zu Übergangsfristen bei Verkehrsverboten für Fahrzeuge) nicht herleiten; zudem geht es hier nicht um die Bemessung von Übergangsfristen. Zudem widerspricht das Kriterium auch nicht deshalb den Grundsätzen des § 1 GlüStV, weil es den vom Gesetzgeber als mittelfristig zu ändernden Umstand der Häufung von Spielhallen konterkarieren würde. § 9 Abs. 4 HmbSpielhG kommt nur zur Anwendung, weil die den Zielen des § 1 GlüStV Rechnung tragenden strengen materiellen Spielerschutzvorschriften der §§ 25 und 26 GlüStV, § 2 Abs. 2 Sätze 1-3 HmbSpielhG für alle Betriebe gelten und daher an bestimmten Orten abstandsbedingte Konkurrenzlagen entstehen, die aufzulösen sind. Von der Regelung profitiert außerdem lediglich eine geringe Zahl von Bestandsspielhallen.

Dem Kriterium des Alters des Spielhallenstandortes steht auch nicht der sich aus der Gesetzesbegründung zu § 9 Abs. 4 HmbSpielhG ergebende Zweck entgegen. Wie oben dargestellt, ist nach der Gesetzesbegründung in erster Linie die Nutzung des Standortes und nicht das Alter der Erlaubnis maßgeblich, weil sonst hierdurch die als Einzelkaufmann geführten Familienbetriebe einen Nachteil hätten (vgl. Bü-Drs. 20/5877, S. 31). Diese Erwägungen weisen nicht aus, dass der Gesetzgeber einer nur „fiktiven“ Gruppe von Unternehmen besonderen Vertrauensschutz zu Lasten anderer Bestandsspielhallenbetreiber zuerkennen wollte: Sollte der Gesetzgeber bei der Wahl des Differenzierungskriteriums von einem nicht zutreffenden Sachverhalt ausgegangen sein, weil er eine aus seiner Sicht schützenswerte und zu begünstigende Gruppe von Bestandsspielhallen in den Blick genommen hat, obwohl diese nicht existiert oder zahlenmäßig zu vernachlässigen ist, könnte dies möglicherweise zur Unzulässigkeit des Kriteriums führen. Dies ist hier indes nicht der Fall. Zwar dürften nach der in der sog. „Haufler-Liste“ (Bü-Drs. 20/3423, 20/9316) erfolgten Aufstellung der im Jahr 2012/2013 im Hamburg existierenden Spielhallenbetriebe nur wenige von Einzelkaufleuten betriebene („Familien-“) Betriebe existieren, da im Wesentlichen juristische Personen als

Betreiber verzeichnet sind. Allerdings hat der Gesetzgeber, wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, den Bestandsschutz an sich als Auswahlkriterium und außerdem nicht eine Privilegierung von inhabergeführten Familienbetrieben angestrebt. Der weiteren Begründung lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber mit der Anbindung an das Alter des Standortes (und nicht der Erlaubnis) einen Nachteilsausgleich für inhabergeführte Familienbetriebe vorgesehen hat, weil diese aufgrund der personenbezogenen Erlaubnisse nach § 33i GewO bei jedem Generationswechsel eine neue Erlaubnis einholen mussten, während bei juristischen Personen bei ansonsten unverändertem Betrieb keine neue Erlaubnis benötigt wird. Der Gesetzgeber wollte folglich keine Privilegierung von von Einzelkaufleuten geführten (Familien-)Spielhallenbetrieben erreichen, sondern durch das Kriterium des Alters des Standortes (statt der Erlaubnis) die Schlechterstellung einer möglicherweise nur kleinen Gruppe verhindern. Dieses Anliegen ist nachvollziehbar und hält sich im Rahmen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums.

Die Wahl des Anciennitätskriteriums lässt auch nicht den Schluss zu, damit habe der Gesetzgeber der Sache nach an einen „baurechtlichen Bestandsschutz“ angeknüpft, für den keine landesrechtliche Gesetzgebungskompetenz gegeben ist. Es besteht keine formelle Verfassungswidrigkeit des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG, weil das Bodenrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG der konkurrierenden Gesetzgebung unterliegt und bundesrechtlich geregelt ist. Das Kriterium wird nicht durch eine zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Vergangenheit bestehende formelle und materielle Baurechtmäßigkeit der Spielhalle und das darauf gegründete Vertrauen bestimmt, sondern durch die erstmalige (legale) Nutzung des Standortes als Spielhalle. Dieses Vertrauen in die gewerberechtliche Nutzbarkeit des Standortes soll unabhängig davon geschützt sein, ob zwischenzeitlich wegen Umbauten neue Baugenehmigungen erteilt wurden.

Im Übrigen ist die Frage, inwieweit von einer Regelung Betroffene auf eine bestehende Rechtslage oder bestandskräftige Rechtsposition vertrauen können und ob und welche Übergangsregelungen zur Vermeidung unverhältnismäßiger Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen verfassungsrechtlich geboten sind, nicht allein baurechtlich determiniert, sondern ein durch Art. 20 Abs. 3 GG bestimmter allgemeiner verfassungsrechtlicher Grundsatz (vgl. dazu z.B. BVerwG, Urt. v. 28.6.2012, 2 C 13.11, BVerwGE 143, 230, juris Rn. 16 zum § 48 VwVfG/Rückford. Versorgungsbezüge; Urt. v. 16.11.2000, 2 C 23.99, DVB1. 2001, 735, juris Rn. 27 ff. zur beamtenrechtl. Versorgung; Urt. v. 17.1.1980, 3 C 116.79, BVerwGE 59, 284, juris Rn. 35 ff., Beschl. v. 18.5.1982, 1 B 44.82, juris Rn. 2 zum Ausländerrecht; BAG, Urt. v. 21.12.2017, 8 AZR 102/17, juris Rn. 16 ff. zur Verwirkung; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 3.5.2018, OVG 9 N 47.17 zum Beitragsrecht; VGH München, Beschl. v. 21.3.2018, 4ZB 17.2082 zum Friedhofsrecht).

Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob die von der Antragsgegnerin benannte, zu

§§ 34, 35BBauG und dem Gebot der Rücksichtnahme ergangene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 10.12.1982, 4 C 28.81, Buchholz 406.11 § 34 BBauG Nr. 89, juris Rn. 14), wonach sich ein Eigentümer gegen eine später heranrückende, ihn störende Bebauung/Nutzung wenden kann, mit der hier zu beurteilenden Sachlage der über Jahre erfolgten Akkumulation von Spielhallen („Las-Vegas-Effekt“) vergleichbar ist. Offen bleiben kann auch, ob sich das Alterskriterium damit begründen lässt, dass ein polizeirechtlicher oder glücksspielrechtlicher Grundsatz besteht, wonach der Betreiber mit dem jüngeren Standort als polizei- oder glücksspielrechtlicher Verhaltens- bzw. Zustandsstörer in stärkerem Maße zur jetzt unerwünschten Ballung von Spielhallen beigetragen hat und deshalb dem älteren weichen muss.

Die Anknüpfung an das Alter der Spielhalle und nicht an das Alter der Erlaubnis ist ebenfalls sachgerecht. Denn auch die Übergangsregelung des § 29 Abs. 4 GlüStV und § 9 Abs. 1 Sätze 1 und 2 HmbSpielhG als Vertrauensschutzbestimmungen sind nicht betreiber-, sondern spielhallenbezogen konzipiert. Bereits ihrem Wortlaut nach beziehen sich § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV, § 9 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 5 i. V. m. § 1 Abs. 2 HmbSpielhG auf eine bestehende Spielhalle (oder ein ähnliches Unternehmen). Auch im Übrigen ergibt die systematische und teleologische Auslegung der Vorschriften, dass der Bestandsschutz sich objektiv auf die Spielhalle beziehen soll, nicht aber auf betreiberbezogene Voraussetzungen (vgl. BVerwG, Urt. v. 5.4.2017, 8 C 16.16, GewArch 2017, 358, juris Rn. 42 ff.; vgl. zum Alter [der Erlaubnis] als Grundsatz des Vertrauensschutzes: OVG Bautzen, Beschl. v. 22.12.2017, 3 B 320/17, juris Rn. 13). Die Tatsache, dass Betreiber, die die Übergangsregelungen in Anspruch nehmen wollten, zugleich über eine vor dem 28. Oktober 2011 erlangte Erlaubnis verfügen mussten, weil es anderenfalls an einem legalen Betrieb fehlen würde, ändert daran nichts.

Auch im Übrigen begründet die Tatsache, dass der Gesetzgeber im HmbSpielhG für die Auswahlentscheidung auf das Alter des Standortes und nicht auf das in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV genannte Kriterium des Alters der Erlaubnis abgestellt hat, keine Sachwidrigkeit. Der Gesetzgeber war nicht gehalten, allein wegen der Regelung in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV oder sonstiger Wertungen des Glücksspielrechts bezogen auf Spielhallen auf den Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis als allein schutzwürdiges Kriterium zurückzugreifen. § 28 GlüStV ermöglicht es den Ländern, weitergehende Regelungen zu treffen. Mit § 9 Abs. 4 HmbSpielhG hat der Gesetzgeber eine eigenständige Auswahlregelung getroffen. Die Bewertung des Alters der Erlaubnis hat er der Entscheidung über eine Befreiung wegen unbilliger Härte nach § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG (vgl. auch § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV) vorbehalten.

Es ist nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber - wie dies der Sache nach auch die Stichtagsregelung und die Übergangsregelungen in § 9 Abs. 1 Sätze 1 und 2 HmbSpielhG ausweisen - davon ausgeht, dass der Betreiber einer Spielhalle, die seit langem zulässig betrieben

wird, generell ein höheres Vertrauen in den Weiterbestand des Betriebes in Anspruch nehmen kann als der Inhaber einer Spielhalle, die erst kürzere Zeit betrieben wird. Sowohl im Hinblick auf wirtschaftliche als auch auf unternehmerische Entscheidungen ist es nicht zwingend oder allein sachlich geboten, auf den Zeitpunkt der dem Bestandsunternehmen zuletzt erteilten Erlaubnis als Auswahlkriterium abzustellen oder eher den „jüngeren“ Betrieb zu privilegieren, weil die Schutzbedürftigkeit mit dem Alter regelmäßig abnehme. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Das Datum der letzten Erlaubniserteilung sagt über die generelle wirtschaftliche Schutzbedürftigkeit des Betreibers nichts aus. Bereits die Notwendigkeit der Erteilung einer gewerberechtlichen Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle war/ist von vielen unterschiedlichen betreiber- und standortbezogenen Kriterien abhängig. Dies können z.B. der Wechsel des Betreibers, die Änderung der Rechtsform des Betreibers, baurechtlich relevante räumliche Veränderungen der Spielhalle oder Änderungen des Zuschnitts des Angebots innerhalb der Spielhalle sein. Auch besagt das (gegenüber dem Alter des Standortes im Regelfall jüngere) Datum der Erlaubnis des aktuellen Betreibers nicht, dass generell eher schutzwürdige wirtschaftliche Investitionen in die Spielhalle erfolgt sind (die sich möglicherweise noch nicht amortisiert haben). Im Falle eines Unternehmenskaufs oder einer Neuvermietung hat der neue Betreiber typischerweise Investitionen in den Standort bzw. die einzelne Spielhalle getätigt. Gleichmaßen kann jedoch ein Betreiber einer Spielhalle mit einer seit Jahrzehnten geltenden Erlaubnis kurz vor dem Stichtag im Oktober 2011 umfangreiche Investitionen zur Modernisierung seiner Spielhalle oder zur Erhöhung der Attraktivität der Geldspielgeräte vorgenommen haben. Insoweit ist dieses Kriterium in gleicher Weise wie das Alter des Standortes von Zufälligkeiten abhängig und stellt für eine Auswahlentscheidung kein alternativloses, naheliegenderes oder wegen regelhafter Verhaltensweisen typisierbares Merkmal dar. Dass eine Auswahlentscheidung auch an Investitionen und/oder deren Amortisierbarkeit als taugliches Auswahlkriterium anknüpfen kann (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/ 12 u.a., NVwZ 2017, 1111, juris Rn. 184), stellt dies nicht in Frage.

Das Kriterium des Alters ist wegen seiner Vorhersehbarkeit und objektiven Messbarkeit ein sachgerechtes Kriterium. § 9 Abs. 4 HmbSpielhG ermöglicht der Verwaltung eine rechtssichere, zeitnah umsetzbare Auswahlentscheidung. Der Grundsatz der Rechtssicherheit stellt einen sachlichen Grund für das Auswahlkriterium dar. Zudem ist der Gesetzgeber nicht gehindert, aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität im Rahmen seines Gestaltungsspielraums ein sachgerechtes Auswahlkriterium vorzusehen, das der Verwaltung die Bewältigung von - hier vorliegenden – schwierigen Konkurrenzsituationen möglichst effektiv, zeitnah und anwendungssicher ermöglicht (vgl. zur Bewältigung von Konkurrenzlagen: BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u. a., a. a. 0., juris Rn. 185).

Die Auswahlparameter sind für die Betreiber von Bestandsspielhallen objektiv vorhersehbar

und transparent. Ihnen ist es in der Regel für die unternehmerische Einschätzung, ob sie den Standort (nach Ablauf der Übergangsfristen) weiterbetreiben sollen, mit einfachen Mitteln möglich zu klären, ob sie in räumlicher Konkurrenz zu weiteren Spielhallen stehen. Die auf Grund einer parlamentarischen Anfrage des Abgeordneten Haufler erstellte „Haufler-Liste“, eine Aufstellung aller Spielhallenstandorte in Hamburg mit Informationen zu Entfernungen sowie zum Datum der ersten und aktuellen Erlaubniserteilung (Bü-Drs. 20/3423, 20/9316) ermöglicht eine mindestens ungefähre (zeitliche und räumliche) Einordnung des eigenen und - soweit noch existierend - konkurrierender Betriebe. Auch dürften die Bestandsspielhallenbetreiber in der Regel über Unterlagen verfügen oder ihnen dürften (über den Vermieter) Informationsquellen zur Verfügung stehen, um das Alter ihres eigenen Standortes zu ermitteln. Zwar dürfte ihnen nicht in jedem Einzelfall das genaue Alter konkurrierender Spielhallen bekannt sein. Allerdings konnten sich die Betreiber, denen das Auswahlkriterium bereits seit Inkrafttreten des Gesetzes im Jahr 2012 bekannt war, an die Antragsgegnerin wenden, um Auskünfte über das baurechtliche und gewerberechtliche Alter ihrer Spielhalle bzw. des Standortes und das Alter benachbarter Betriebe zu erhalten. Dahinstehen kann, ob den mehrheitlich in Interessenverbänden organisierten Betreibern zudem andere Informationsquellen zur Verfügung standen bzw. stehen. Jedenfalls hat die Antragsgegnerin alle eine Weiterbetriebserlaubnis begehrenden Betreiber von Bestandsspielhallen - wie auch die Antragstellerin -, für die eine Konkurrenzsituation im Sinne des § 9 Abs. 4 HmSpielhG besteht, im Verwaltungsverfahren über die Abstandsmessungen und die Ermittlungen zum Alter der eigenen und konkurrierender Spielhallen unterrichtet. Diese konnten die Messungen bzw. die Lage der Konkurrenzspielhallen überprüfen, Informationen zum Alter einholen und die eigenen Angaben ergänzen (vgl. § 3 HmbSpielhWeiterbetrErlVO).

Soweit die Antragstellerin ohne nähere Angaben geltend macht, es sei ihr die Einsicht in Akten des Konkurrenzunternehmens zu Unrecht verweigert worden, lässt sich dies den Sachakten nicht entnehmen. Sie trägt auch nicht vor, dass bei der Bestimmung des Alters eines Standortes generell oder hier konkret Zweifel an der Klärungsfähigkeit oder an den Ermittlungen der Antragsgegnerin zu den Abständen und dem jeweiligen Alter der Spielhallen oder der Erlaubnisse bestehen könnten. Gleiches gilt, soweit die Angaben auf den Informationen der Betreiber bei Antragstellung beruhen. Die Tatsache, dass im Einzelfall Betreiber von Bestandsspielhallen Rechtsstreitigkeiten über die Frage führen, ob sie oder die ausgewählte Konkurrenzspielhalle ihren Betrieb am älteren Standort betreiben, rechtfertigt nicht die Wertung, das Alter sei generell aufwändig zu ermitteln, das Kriterium sei (für den Betreiber) nicht handhabbar oder nicht vorhersehbar und daher als Auswahlkriterium ungeeignet.

Es spricht auch nichts dagegen, dass der Gesetzgeber das Auswahlkriterium auch nach verfahrensökonomischen und Praktikabilitätsmerkmalen ausgewählt hat. Die Antragsgegnerin wurde im Dezember 2016 im Hinblick auf die zahlreichen Antragstellungen auch mit einer großen Zahl in der Auswahl konkurrierender Bewerber konfrontiert, die u. a. sehr unter-

schiedliche ökonomische Kennziffern aufwiesen. Gegenüber diesem komplexen Datenbestand ist das Abstellen auf lediglich ein Kriterium bei der Auswahl nicht „unterkomplex“ und daher sachwidrig. Soweit die einzelnen Betreiber unterschiedliche ökonomische Kennziffern bei Erträgen, der Zahl der Standorte, mietvertraglichen Ausgestaltungen, zur Amortisation/Abschreibung des Inventars sowie zur Zahl der Beschäftigten aufweisen, ist es nicht sachgerecht, auf diese Kriterien für die gesetzliche Regelung eines Auswahlkriteriums abzustellen. Dies gilt zunächst deshalb, weil - wie oben ausgeführt - nach dem Willen des Gesetzgebers die individuellen ökonomischen Folgen der Anpassung eines Bestandsbetriebs an die Restriktionen des neuen Spielhallenrechts für den einzelnen Betreiber nach § 9 Abs. 4 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG im Rahmen einer im Ermessen der Antragsgegnerin stehenden Einzelfallentscheidung zu bewerten sind und insoweit der Weiterbetrieb wegen einer unbilligen Härte erlaubt werden kann. Die Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Situation der konkurrierenden Spielhallen (z. B. Amortisation der Investitionen, rechtliche und wirtschaftliche Bindungen auf Grund von Verträgen) bei der Auswahl wäre zudem nach dem Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG kein vorrangig in Betracht zu ziehendes Unterscheidungskriterium, weil es geeignet wäre, zu einer strukturellen Benachteiligung lediglich regional tätiger kleinerer, eher wirtschaftlich schwächerer Spielhallenunternehmen zu führen. Wirtschaftlich stärkere Großunternehmen dürften generell zu höheren Investitionen in der Lage sein und könnten ggf. regional oder standortbezogen anfallende Verluste einfacher kompensieren.

Eine Differenzierung danach, in welchem qualitativen und quantitativen Umfang Spielhallen bzw. ihre Betreiber die normativen Vorgaben an die Bekämpfung/Vermeidung der Spielsucht oder an den Spielerschutz (überobligatorisch) erfüllen und damit den Anforderungen des § 1 GlüStV ggf. in größerem Maße als Konkurrenten Rechnung tragen, liegt als sachgerechtes Kriterium für eine gesetzliche Auswahlregelung ebenfalls nicht nahe. An der Tauglichkeit multipler Faktoren fehlt es zum einen deshalb, weil eine Differenzierung oder Gewichtung im Sinne einer „Bestenauslese“ die Gruppe der in räumlicher Konkurrenz zueinander stehenden, eine (Weiterbetriebs-)Erlaubnis begehrenden Bestandsspielhallen ohne sachlichen oder rechtlichen (s.u.) Grund schlechter stellen würde als die Gruppe anderer eine Erlaubnis begehrender Bestandsspielhallenbetreiber, die wegen ihrer Lage das Abstandsgebot (zufällig) einhalten, oder als Neuantragsteller. Zum anderen dürften diese Kriterien in vielen Fällen zu lediglich marginalen Abweichungen zwischen den konkurrierenden Betrieben führen und in viel stärkerem Maße als das Alter klärungsbedürftig und streitbefangen sein. Anstrengungen „zur Bekämpfung und Vermeidung der Spielsucht“ oder „... zur Erreichung der Ziele des § 1 GlüStV“ als Kriterien stellen ausfüllungsbedürftige, unbestimmte Rechtsbegriffe dar, die anders als das Alterskriterium Raum für im Einzelnen kaum objektiv begründbare Wertungsentscheidungen lassen. Es dürfte zweifelhaft sein, nach welchem Maßstab sich diese über die Bestimmungen des HmbSpielhG hinausgehenden tatsächlichen Bemühungen bemessen könnten und wie der einzelne Spielhallenbetreiber im Verhältnis zu einem potentiellen Konkurrenten seine eigenen (überobligatorischen) personellen und spielhallenbezogenen Bemü-

hungen bewerten und die des Konkurrenten erkennen und bemessen können soll.

Außerdem sprechen rechtliche Erwägungen dagegen, die Auswahl unter den das Abstandsgebot unterschreitenden Spielhallen danach zu treffen, ob diese sogenannte „materielle Kriterien“ der §§ 2, 4-6 HmbSpielhG in größerem Umfang oder besser als die Konkurrenten erfüllen, z.B. ob der Spielhallenunternehmer überobligatorischen Aufwand hinsichtlich des Spieler- und Jugendschutzes oder zur Reduzierung der individuellen Gefahr der einzelnen Spielhalle (z. B. Reduzierung der gesetzlich erlaubten Zahl der Geldspielgeräte, elektronische Zugangskontrollen, Erhöhung des Zugangsalters auf 21 Jahre, Teilnahme an einem Zertifizierungsverfahren; bessere Qualifizierung oder Entlohnung der Mitarbeiter) betreibt. Denn ein Spielhallenbetreiber, der in seiner Person die zahlreichen u. a. auf die Verhinderung von Glücksspielsucht ausgerichteten gewerbe- und glücksspielrechtlichen Voraussetzungen erfüllt und der eine Spielhalle betreibt, die den spielhallenrechtlichen und z.B. baurechtlichen Anforderungen nach dem HmbSpielhG genügt, ist berechtigt, eine Erlaubnis nach § 2 HmbSpielhG zu erhalten. Das von der Antragstellerin geforderte Auswahlkriterium der „Eliminierung schwarzer Schafe“ ist allein deshalb nicht sachgerecht, weil alle Betreiber mit der Antragstellung nachweisen müssen, dass sie (mit Ausnahme z.B. des Abstandsgebots) die persönlichen und sachlichen Anforderungen an den Betrieb von Spielhallen erfüllen. Eine überobligatorische Erfüllung von einzelnen Anforderungen kann im Rahmen einer Auswahlentscheidung, in der ohnehin lediglich diejenigen Spielhallenbetreiber einzubeziehen sind, die die auch für Bestandsspielhallen geltenden gesetzlichen Anforderungen erfüllen und die damit „auf einer Stufe stehen“ (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.12.2016, 8 C 6.15, BVerwGE 157, 127, juris Rn. 55; OVG Bautzen, Beschl. v. 22.12.2017, 3 B 320/17, juris Rn. 18 unter Verweis auf StGH Baden-Württemberg, Urt. v. 17.6.2014, 1 VB 15/13, juris Rn. 339;), nicht verlangt werden. Denn der Spielhallenbetreiber hat, da diesbezügliche gesetzliche („Bonus“-)Bestimmungen im HmbSpielhG fehlen, u. a. das Recht, die gesetzlich zulässige Zahl an Geldspielgeräten voll auszuschöpfen. Die bevorzugte Auswahl zertifizierter Spielhallen kommt auch mangels staatlich anerkannter Zertifizierungsverfahren nicht in Betracht (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.12.2016, 8 C 6.15, a.a.O., juris Rn. 55). Daraus folgt, dass es nicht sachwidrig ist, wenn bei der Auswahl diejenigen Spielhallen gleichbehandelt werden, die die betreiber- bzw. spielhallenbezogenen gesetzlichen Voraussetzungen an den Betrieb erfüllen. In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, ob solche Aspekte in den Fällen, in denen das jeweilige Landesrecht weder eine gesetzliche Regelung für eine Auswahlentscheidung noch für die Anforderungen an eine Fortführung des Betriebes wegen des Vorliegens einer unbilligen Härte im Sinne des § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV getroffen hat oder eine (Abwägungs-)Entscheidung (nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV) vorsieht, bei der Entscheidung über den Fortbetrieb berücksichtigt werden können oder müssen (vgl. dazu OVG Bautzen, Beschl. v. 3.1.2018, 3 B 315/18, juris Rn. 11 ff.; Beschl. v. 22.12.2017, 3 B 320/17, juris Rn. 13 f.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 4.9.2017, 11 ME 330/17, juris Rn. 16 ff.). Gleiches gilt, soweit die dortigen zuständigen Behörden im Rahmen von Verwaltungsvorschriften Auswahlkrite-

rien im Rahmen eines „Punktesystems“ bewerten (vgl. zum „Wägungsschema“: VG Darmstadt, Beschl. v. 17.7.2017, 3 L 3491/17.DA, juris Rn.17).

Der Regelung des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG fehlt es auch nicht an einer hinreichenden Bestimmtheit oder an einer sachlichen Rechtfertigung, weil das Anciennitätskriterium im Wesentlichen wie ein Los vom Zufall bestimmt wird (vgl. zur fehlenden gesetzlichen Grundlage einer Auswahl durch Los: OVG Lüneburg, Beschl. v. 4.9.2017, 11 ME 330/17, NVwZ 2017, 1552, juris Rn. 11 ff., 19). Dieses Kriterium kommt nach dem HmbSpielhG nur zwischen denjenigen Spielhallen bei der Auswahl zur Anwendung, die hinsichtlich der für die Eindämmung der Suchtgefahr relevanten inhaltlichen Kriterien bereits auf einer Stufe stehen und alle weiteren Auswahlmerkmale gleichermaßen erfüllen (vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 16.12.2016, 8 C 6.15, a. a. O., juris Rn. 55).

Das Anciennitätskriterium ist auch nicht deshalb mit einer Auslosung vergleichbar, weil die Spielhallenbetreiber nicht chancengleich am Verfahren teilnehmen, sondern aufgrund einer zufälligen Lage in Konkurrenz mit einer älteren Spielhalle stehen und daher von vornherein keine Chance auf eine erfolgreiche Teilnahme am Auswahlverfahren haben. Die Lage eines Spielhallenstandortes ist nicht vergleichbar einem Los rein zufällig oder gar willkürlich. Die Wahl eines Standortes für die Eröffnung eines Gewerbebetriebs dieser Art beruht in der Regel auf einer bewussten Entscheidung des (zukünftigen) Betreibers. Dieser wählt, soweit er - wie bei Spielhallen - auf den direkten Kontakt mit Kunden angewiesen ist und ein Angebot für eine Freizeitgestaltung vorhält, den Standort, will er den Betrieb gewinnorientiert betreiben, in der Regel auch nach der Kundennähe, nach Kundenströmen und nach den insoweit zu erwartenden (mittel- und langfristigen) wirtschaftlichen Aussichten aus. Für die Übernahme eines eingeführten Betriebs oder die Neueröffnung eines Betriebes dürfte daher regelmäßig relevant (gewesen) sein, ob der (baurechtlich zulässige) Standort eingeführt ist, von gewachsenen Spielhallen- oder Entertainmentstrukturen profitieren kann (Nähe zu anderen Sport- oder Vergnügungsangeboten) und/oder ob die städtebauliche Umgebung oder die Lage an bestimmten spezifischen Orten (Innenstadt, Nachbarschaft mit Vergnügungsbetrieben, Cafés, Restaurants, Nähe zu Arbeitsstätten oder Lage in Wohngebieten) Kunden erwarten lässt. Die Entscheidung für den Betrieb einer Spielhalle u. a. an einem eingeführten Standort oder in dessen Nähe dürfte sich daher im Falle eines Unternehmenskaufs oder einer Neuvermietung von Gewerberäumen u. a. auf den Kaufpreis oder die Höhe des Mietzinses auswirken.

Das Anciennitätskriterium ist auch nicht deshalb ungeeignet, weil es ähnlich einem Losverfahren mit dem Alter der Spielhalle an einen Sachverhalt anknüpft, der sich für den Betreiber als willkürlich und intransparent darstellt. Insoweit verweist das Verwaltungsgericht zwar zu Recht darauf, dass die Auswahl der Spielhallen nach dem Alter dazu führen kann, dass der „Altersunterschied“ lediglich wenige Monate oder auch nur Tage, bei dem Kriterium der Gewerbebeanmeldung unter Umständen nur wenige Stunden betragen kann. Diese Tatsache ist

einem „stichtagsgebundenen“ Kriterium vergleichbar und als „Härte“ nicht sachwidrig. Es ist dem Gesetzgeber nach Art. 12 Abs. 1 i. V. m. 3 Abs. 1 GG nicht verwehrt, zur Regelung bestimmter Lebenssachverhalte Stichtage oder ähnliche Merkmale einzuführen. Er muss allerdings im Rahmen des ihm zustehenden Gestaltungsspielraums die für die zeitliche Anknüpfung in Betracht kommenden Tatsachen hinreichend würdigen und prüfen, ob sich die gewählte Lösung im Hinblick auf den gegebenen Sachverhalt und das System der Gesamtregelung rechtfertigen lässt und nicht willkürlich erscheint (vgl. BVerwG, Urt. v. 28.3.1996, 7 C 28.95, BVerwGE 101, 39, juris Rn. 15). Dass mit einer Stich(tags)regelung unvermeidlich gewisse Härten einhergehen, wenn diese sachlich gerechtfertigt sind, begegnet im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG keinen Bedenken (vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.1.2000, 1 BvR 1398/99, juris Rn. 25; BVerwG, Beschl. v. 24.4.2013, 8 B 81.12, juris Rn. 5). Diese Wertung lässt sich auf das Alter des Standortes als „begrenzendes“ Merkmal übertragen. Jeder zeitbezogenen Grenze oder Bildung von Gruppen ist ein gewisses Maß an Zufälligkeit immanent, das allein deshalb nicht zur Sachwidrigkeit führt. Gleiches würde im Übrigen auch für die von der Antragstellerin genannten Kriterien wie z. B. das Alter der Erlaubnis oder die Höhe der Investitionen gelten. Das Auswahlkriterium des Alters ist auch nicht deshalb als Differenzierungsmerkmal sachwidrig, weil es dem verfassungsrechtlichen Anspruch der Spielhallenbetreiber auf die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität widerspricht. Wie oben bereits ausgeführt, hat das Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 7. März 2017 (1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111, juris Rn. 185) bestimmt, es gebiete die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Position der Spielhallenbetreiber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermögliche. Dahinstehen kann, ob das Verständnis der Antragsgegnerin zutrifft, bei diesen Ausführungen handele es sich lediglich um ein obiter dictum. Den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts lässt sich nicht entnehmen, welcher Verteilmechanismus die bestmögliche Ausschöpfung der Standortkapazität in dem relevanten Gebiet gewährleistet. Dass hierbei der Anwendung des in § 9 Abs. 4 HmbSpielhG genannten Kriteriums die verfassungsrechtlich gebotene Höchstzahl an Weiterbetriebserlaubnissen bei Beachtung der in § 2 Abs. 2 HmbSpielhG bestimmten Mindestabstände unterschritten wird und dass nach einer anderen, den verfassungsrechtlichen Maßstäben möglicherweise stärker Rechnung tragenden Auswahlmethode im Einzelfall oder bezogen auf vergleichbare Räume, in denen Konkurrenzlagen entstanden sind, voraussichtlich eine höhere Zahl von Bestandsspielhallen den Betrieb weiterführen könnte, trägt die Antragstellerin nicht vor. Auch nach Aktenlage ist dafür nichts ersichtlich. Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob es - wie die Antragsgegnerin geltend macht - bereits den auf die Reduzierung von Anreizen zum Automatenglücksspiel ausgerichteten Zwecken der §§ 1, 25, 26, 28 und 29 GlüStV widerspricht, bei einer Auswahl zwischen konkurrierenden Spielhallen Verfahren oder Kriterien zur Anwendung zu bringen, die es einer möglichst großen Zahl von

Bestandsspielhallen ermöglichen, ihren Betrieb fortzuführen.

Durch die praktizierte Erlaubniserteilung für Bestandsspielhallen wird auch nicht der Marktzugang für Neu- oder externe Bewerber ausgeschlossen. Neubewerber, die mit schutzwürdigen Bestandsbetrieben konkurrieren, können sich nicht auf Vertrauensschutz berufen, so dass sie einen Erlaubnisanspruch - anders als Altbetreiber - nur haben, wenn die von ihnen gewählten Standorte u. a. den verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Mindestabstandserfordernissen des § 2 Abs. 2 und 3 HmbSpielhG genügen. Entsprechende Anträge können Neubewerber nach der hinreichend transparenten Gesetzeslage jederzeit stellen (vgl. dazu auch OVG Münster, Beschl. v. 8.6.2017, 4 B 307/17, NVwZ 2017, 431, juris Rn. 64). Erfüllt ein solcher Bewerber, der eine Erlaubnis aktuell begehrt, u. a. die Anforderungen des § 2 Abs. 2 HmbSpielhG, hat ihm die Antragsgegnerin eine Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG zu erteilen. Dass geeignete neue, baurechtlich zulässige Standorte im Bereich der Antragsgegnerin nicht existieren, ist nicht ersichtlich. Die Tatsache, dass zwischen Dezember 2012 und September 2013 keine neuen Erlaubnisse erteilt wurden, belegt die Behauptung der Antragstellerin nicht. Soweit Betreiber wegen der Änderungen des Spielhallenrechts oder aus wirtschaftlichen Gründen von Neueröffnungen absehen, ist dies eine gesetzlich intendierte Folge bzw. eine individuelle unternehmerische Entscheidung.

cc) Findet die Regelung des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG Anwendung, kann die Antragstellerin danach keine Weiterbetriebserlaubnis verlangen. Ihre Spielhalle stellt sich im Verhältnis zur konkurrierenden Spielhalle der A. GmbH als jüngere Spielhalle dar. Die konkurrierende Spielhalle besteht seit 1975, die der Antragstellerin seit 1982. Auf die Lage der konkurrierenden Spielhallen, die jeweilige Entfernung und das Alter der Standorte hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 16. Mai 2017 hingewiesen und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Antragstellerin hat sich zu den von der Antragsgegnerin ermittelten Entfernungswerten und standortbezogenen Daten nicht geäußert.

c) Die Antragstellerin kann auch nicht die vorläufige Duldung ihrer Spielhalle verlangen, weil ihr voraussichtlich eine Weiterbetriebserlaubnis nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG im Wege der Härtefallentscheidung nach § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG zu erteilen sein wird. Die Voraussetzungen für die beantragte Erteilung einer Befreiung vom Abstandsgebot des § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG liegen nicht vor.

Nach § 9 Abs. 1 Satz 4 HmbSpielhG kann die für die Erlaubniserteilung zuständige Behörde nach Ablauf des in § 9 Abs. 1 Satz 1 oder 2 HmbSpielhG bestimmten Zeitraums eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen dieses Gesetzes über einen angemessenen Zeitraum zulassen, soweit dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist; hierbei sind der Zeitpunkt der Erlaubnis gemäß § 33i GewO sowie der Schutzzweck des HmbSpielhG zu berücksichtigen.

Die Antragstellerin hat im vorliegenden Fall nicht nachgewiesen, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung von den Anforderungen des § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG für die von ihr betriebene Spielhalle am Standort Billstedter Hauptstraße 60, 22111 Hamburg, vorliegen. Die Antragstellerin hat bereits eine Tatbestandsvoraussetzung des § 9 Abs. 1 Satz 4 HmbSpielhG, das Vorliegen einer „unbilligen Härte“, nicht glaubhaft gemacht.

Nach § 9 Abs. 1 Satz 5 HmbSpielhG kann eine unbillige Härte insbesondere dann vorliegen, wenn eine Anpassung des Betriebes an die Anforderungen dieses Gesetzes aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich oder mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar ist. § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG stellt nicht lediglich ergänzend zu den Übergangsregelungen ein Instrument dar, um den Vertrauens- und Bestandsschutzinteressen des Betroffenen generell Rechnung zu tragen und/oder allgemein wirtschaftliche Härten der Neuregelung des Spielhallenrechts abzumildern. Für die Erteilung einer Befreiung kommt es nach Sinn und Zweck der Regelung darauf an, ob diese im konkreten Fall zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Berufsausübung erforderlich ist (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 21.1.2016, 4 Bs 90/15, juris Rn. 45).

Härten, die dem Gesetzeszweck entsprechen und die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung eines Tatbestandes bewusst in Kauf genommen hat, können eine Befreiung aus Billigkeitsgründen nicht rechtfertigen (vgl. zu §§ 163, 227 AO: BVerfG, Beschl. v. 28.2.2017, 1 BvR 1103/15, juris Rn. 12). Ebenso wenig vermögen typische, den gesetzgeberischen Vorstellungen von einer gesetzlichen Regelung entsprechende Folgen eine sachliche Unbilligkeit zu begründen (vgl. zu § 227 AO: BVerfG, Beschl. v. 3.9.2009, 1 BvR 2539/07, NVwZ 2010, 902, juris Rn. 30 ff.). Ziel der Neuregelungen im GlüStV und im HmbSpielhG ist es, das - im früheren GlüStV zunächst nicht erfasste - gewerbliche Automatenenspiel wegen seines hohen Suchtpotenzials und der zu verzeichnenden expansiven Entwicklung zusätzlichen Beschränkungen zu unterwerfen, um die Zahl der Spielhallen zu begrenzen und den Spieler- und Jugendschutz zu gewährleisten (vgl. auch Bü-Drs. 20/5677, S. 24 ff.). Die Abstandsregelung zwischen dient der Vermeidung von Mehrfachkonzessionen bzw. der lokalen Häufung von Spielhallen.

Daraus folgt, dass wirtschaftliche Einbußen und sonstige Belastungen, die mit der Schließung von Spielhallen verbunden sind, regelmäßig keine Härte begründen können. Sie folgen aus dem Gesetzeszweck, das Spielhallenangebot zur Spielsuchtbekämpfung einschneidend zu verringern. Eine verlustfreie Abwicklung ihrer zu schließenden Spielhallen können die Spielhallenbetreiber nicht verlangen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111, juris Rn. 189, 193). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts trägt eine fünfjährige Übergangsfrist dem Interesse der Betreiber, eine Amortisierung der in die Spielhallen getätigten Investitionen zu erreichen und dabei einen angemessenen

Gewinn zu erwirtschaften, ausreichend Rechnung. Spätestens seit dem in § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV, § 9 Abs. 1 Satz 1 HmbSpielhG genannten Stichtag mussten sich Spielhallenbetreiber auf zu erwartende Schließungen einstellen und durften daher nicht darauf vertrauen, ihre Spielhallen nach Ablauf des gesetzlich festgelegten Übergangszeitraums weiterbetreiben zu können (vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.11.2017, 11 ME 461/17, juris Rn. 22 ff.; OVG Bautzen, Beschl. v. 5.1.2018, 3 B 315/17, juris Rn. 14 ff.; Beschl. v. 7.12.2017, 3 B 303/17, juris Rn. 18 ff.; OVG Weimar, Beschl. v. 23.3.2018, 3 EO 640/17, juris Rn. 36 ff.). § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielG verlangt daher den Nachweis, dass ein Betreiber zunächst die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten - wie z.B. vertragliche Anpassungen, Nutzungsänderungen, Verkauf von Gegenständen - während der Übergangsfrist nutzt, damit der Betrieb danach den strengeren materiellen Anforderungen des HmbSpielhG entspricht. Erst wenn dies (teilweise) erfolglos bleiben sollte oder wenn selbst nach dem Verstreichen der Übergangsfrist der Betreiber seinen Betrieb an die Neuregelungen nur mit der Folge anpassen könnte, dass die Betriebsführung zu wirtschaftlichen Verlusten führt (vgl. zur Existenzvernichtung: Bü-Drs. 20/5877, S. 31; vgl. zu nicht dargelegten wirtschaftlichen Verlusten: OVG Hamburg, Beschl. v. 21.1.2016, 4 Bs 90/15, juris Rn. 45, 46 ff.), die ein Ausmaß angenommen haben, dass eine Insolvenz drohen kann, kann eine unbillige Härte in Betracht kommen.

Es obliegt dem jeweiligen Antragsteller, u. a. substantiell darzulegen, welche konkreten Schritte er in der seit dem Inkrafttreten des HmbSpielhG im Jahr 2012 laufenden Übergangsfrist bis zur voraussichtlichen Schließung des Gewerbes unternommen hat, um den Eintritt eines Härtefalles abzuwenden. Er muss u. a. glaubhaft machen, inwieweit er die Übergangszeit bis zum 1. Juli 2017 zur Anpassung des Geschäftsbetriebs an die geänderte Rechtslage genutzt und welche konkreten Maßnahmen er unternommen hat (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., a. a. O., Rn. 190 ff.; Beschl. v. 5.8.2015, 2 BvR 2190/14, WM 2015, 1827; OVG Hamburg, Beschl. v. 21.1.2016, 4 Bs 90/15, juris Rn. 49 m. w. N.; OVG Bautzen, Beschl. v. 5.1.2018, 3 B 315/17, juris Rn. 14 ff.; Beschl. v. 1.3.2018, 3 B 5/18, juris Rn. 12 ff.; OVG Weimar, Beschl. v. 23.3.2018, 3 EO 640/17, juris Rn. 38 f.).

Nach diesem Maßstab dürfte die Antragsgegnerin in den Bescheid vom 17. Juli 2017 und in dem Widerspruchsbescheid vom 10. Oktober 2017 zu Recht angenommen haben, dass die Antragstellerin die Voraussetzungen einer unbilligen Härte nicht glaubhaft gemacht hat.

Sie hat zwar mit ihrem Antrag vom 29. November 2016 beantragt, u. a. von den Abstandsgewboten des § 2 Abs. 2 Sätze 2 und 4 HmbSpielhG befreit zu werden und hat allgemein darauf verwiesen, eine Anpassung ihres Betriebs an die Anforderungen des Gesetzes sei aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen nicht möglich und mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar. Der Betrieb müsse eventuell schließen, da er sich möglicherweise in einem Abstand von weniger als 500m zu anderen Spielhallen oder in räumlicher Nähe zu Einrich-

tungen, die ihrer Art nach oder tatsächlich von Kindern und Jugendlichen aufgesucht würden, befinde. Im Übrigen hat sie lediglich vorgetragen, die Gerätereduzierung führe zu einer „proportionalen Umsatzminderung“ bei gleichbleibenden aktuell bestehenden Kosten für Personal und Miete sowie bei einer hohen Steuerlast von 5% des Spieleinsatzes. Diese allgemeinen Angaben lassen keine Schlüsse auf die konkrete wirtschaftliche Situation ihres Unternehmens zu. Auf das Schreiben der Antragsgegnerin vom 16. Mai 2017, mit dem ihr das Ergebnis der Antragsprüfung mitgeteilt und ihr nach § 3 Abs. 2 HmbSpielhWeiterbetrErlVO eine Frist zur Ergänzung ihres Vortrags - auch zu einer Befreiung wegen einer unbilligen Härte - eingeräumt wurde, hat sie nicht reagiert. Weder mit ihrem Widerspruch noch im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes hat die Antragstellerin weitere Angaben gemacht.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 47, 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG. Nach dem Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (Ziff. 54.1) ist für das Interesse der Antragstellerin am Weiterbetrieb ihrer Spielhalle ein Wert von 15.000,- Euro im Hauptsacheverfahren anzunehmen. Dieser Wert ist im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu halbieren.

[...]