

OVG Nordrhein-Westfalen – Urt. v. 16.10.2017 – 4 A 1607/16

Rechtmäßige Untersagung des unerlaubten Betriebs einer Spielhalle

OVG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 16.10.2017 - 4A 1607/16 (VG Gelsenkirchen, Urt. v. 14.6.2016 - 19 K 12/15)

GewO § 15 Abs. 2 Satz 1; OBG NRW § 14 Abs. 1; AG GlüStV NRW § 16 Abs. 3

1. Die Untersagung des Betriebs einer Spielhalle ohne die erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis nach dem Glücksspielstaatsvertrag kann in Nordrhein-Westfalen rechtmäßig entweder auf § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO oder § 14 Abs. 1 OBG NRW gestützt werden. Es bleibt offen, welche Ermächtigungsnorm einschlägig ist.
2. Eine Untersagungsverfügung, die (auch) auf das Fehlen einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis gestützt ist, ist grundsätzlich ermessensgerecht, wenn die Erlaubnisvoraussetzungen nicht offensichtlich vorliegen.
3. § 16 Abs. 3 AG GlüStV NRW verlangt einen Mindestabstand zu einer anderen Spielhalle, nicht zwischen den jeweiligen Grundstücksgrenzen.

(Amtl. Ls.)

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin betreibt unter der Anschrift B. 52 in E. sechs Spielhallen in einem Gebäudekomplex.

Im Juli 2009 beantragte die X. Automaten GmbH für das streitgegenständliche Objekt die Erteilung einer Baugenehmigung zur Nutzungsänderung eines Gewerbeobjekts zur Spiel- und Unterhaltungsstätte mit 6 nebeneinanderliegenden Spielhallen, die von einem zentralen Platz aus betreut und beaufsichtigt werden sollten. Das Ordnungsamt der Beklagten erhob im Baugenehmigungsverfahren zunächst im August 2009 und erneut im Juni 2011 aus gewerberechtlicher Sicht erhebliche Bedenken gegen den beabsichtigten Betrieb, weil es an einer optischen und baulichen Sonderung der Hallen fehle. Die Beklagte erteilte der X. Automaten GmbH bereits am 16.5.2011 die Baugenehmigung. Die Rechte hieraus erwarb die Klägerin, seinerzeit unter „T. Automaten GmbH“ firmierend, am 24.5.2011. Im September 2011 stimmte das Ordnungsamt den auf seine Einwände überarbeiteten Planunterlagen unter bestimmten Voraussetzungen zu.

Am 13.9.2011 beantragte die Klägerin noch unter alter Firma die Erteilung von Erlaubnissen nach § 33i GewO für den Spielhallenbetrieb in der Bl.---straße 52. Am 27.9.2011 erteilte die Beklagte der Klägerin auf der Grundlage der überarbeiteten Pläne eine Nachtragsgenehmigung zur begehrten Nutzungsänderung. Bei der Bauabnahme am 7.10.2011 wurden noch einige Mängel beanstandet.

Am 9.11.2011 überprüfte das Ordnungsamt der Beklagten die Spielhallen und rügte verschiedene Mängel, insbesondere eine weiterhin nicht ausreichende Trennung der Hallen. Am Tag darauf gestattete das Bauordnungsamt die vorzeitige Benutzung des Spielhallenkomplexes nach § 82 Abs. 8 BauO NRW.

Unter dem 14.11.2011 erteilte die Beklagte der Klägerin nach § 33i GewO Erlaubnisse zum Betrieb der sechs Spielhallen in der B. 52.

Ende März 2013 informierte die Beklagte die Klägerin über die sich aus dem neuen Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV) ergebenden wesentlichen Änderungen. Sie führte aus, dass die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle gemäß § 24 GlüStV ab dem 1.12.2012 einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis bedürfe. Für Spielhallen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des GlüStV bestünden und die nach dem 28.10.2011 eine gewerberechtliche Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt bekommen hätten, gelte eine Übergangsfrist von einem Jahr.

Ende Oktober 2013 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass die gesetzliche Übergangsfrist für den Betrieb ihrer Spielhallen am 30.11.2013 ende und sie danach eine glücksspielrechtliche Erlaubnis benötige; eine solche habe sie bislang nicht beantragt. Eine Erlaubniserteilung komme allerdings nicht in Betracht, weil die Erteilung von Mehrfachkonzessionen verboten sei und der Erteilung einer Erlaubnis für einen der Spielhallenbetriebe das Mindestabstandsgebot entgegenstehe. Im Abstand von weniger als 350 m befinde sich mindestens ein weiterer Spielhallenbetrieb, der unter die fünfjährige Übergangsfrist falle. Zugleich hörte die Beklagte die Klägerin zu einer etwa erforderlichen zwangsweisen Schließung der Spielhallen an, falls der Betrieb bis zum 30.11.2013 nicht freiwillig eingestellt würde.

Mit Ordnungsverfügung vom 7.2.2014 untersagte die Beklagte der Klägerin den Betrieb ihrer sechs Spielhallen und ordnete die Schließung an. Die Beklagte stützte diese Verfügung auf § 9 Abs. 1 GlüStV i. V. m. § 20 Abs. 1 AG GlüStV NRW. Nachdem die Klägerin hiergegen in zwei Instanzen erfolgreich die Feststellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Klage erreicht hatte (19 L 257/14, VG Gelsenkirchen, sowie 4 B 716/14, OVG NRW), hob die Beklagte ihre Ordnungsverfügung vom 7.2.2014 auf. Zuvor hatte die Klägerin bereits am 23.4.2014 Anträge auf Erteilung glücksspielrechtlicher Erlaubnisse für alle sechs Spielhallen

gestellt. Mit Ordnungsverfügung vom 18.12.2014 untersagte die Beklagte der Klägerin erneut den Betrieb der sechs Spielhallen im Gebäudekomplex B. 52 und ordnete an, die Hallen innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Verfügung zu schließen. Für den Fall, dass die Klägerin dieser Anordnung nicht fristgerecht nachkommen sollte, drohte die Beklagte ein Zwangsgeld in Höhe von jeweils 10.000,00 Euro pro Halle und Zuwiderhandlung an. Sie stützte sich nunmehr auf § 15 Abs. 2 GewO sowie darauf, dass die Klägerin nicht über die erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis verfüge, keine entsprechenden Anträge gestellt habe und die Voraussetzungen für eine Erlaubniserteilung auch nicht vorlägen. In weniger als 350 m Abstand vom Betriebsstandort der Klägerin befänden sich zwei weitere Spielhallenbetriebe (B. 51), die der fünfjährigen Übergangsfrist unterlägen und deren Bestand demnach bis mindestens zum 30.11.2017 geschützt sei. Die Untersagungsverfügung sei nach pflichtgemäßem Ermessen getroffen worden. Sie sei verhältnismäßig. Die festgelegte Frist sei angemessen, weil sich die Klägerin seit Inkrafttreten der glücksspielrechtlichen Regelungen zum 1.12.2012 auf die Schließung habe einstellen können und das Einschreiten mit Anhörung vom 29.10.2013 in Aussicht gestellt worden sei. Die Zwangsgeldandrohung sei unter Beachtung der Vorgaben der §§ 55 Abs. 1, 57 Abs. 1 Nr. 2, 58, 60 und 63 VwVG NRW ergangen. Bei der Höhe des Zwangsgeldes seien die abzuwehrende Gefahr und das wirtschaftliche Interesse an einer Nichtbefolgung der Untersagung berücksichtigt worden.

Mit ihrer Klage hat die Klägerin im Wesentlichen geltend gemacht, § 15 Abs. 2 GewO sei nicht einschlägig, weil sich die bundesrechtliche Norm nur auf das Fehlen gewerberechtlicher Erlaubnisse beziehe, nicht aber für Verstöße gegen ordnungsrechtliche Vorschriften des Landesrechts herangezogen werden könne. Die gewerberechtlichen Erlaubnisse seien weiterhin gültig und vermittelten ihr ein Recht zum Betrieb ihrer Spielhallen. Aus § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV ergebe sich, dass die gewerberechtlichen Erlaubnisse nachträglich ihre Wirksamkeit verlören. Damit breche der Landesgesetzgeber nachträglich Bundesrecht. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG vermittele ihm nicht die Kompetenz, das nach § 33i GewO verliehene Recht durch Landesrecht nachträglich durch zusätzliche Voraussetzungen unwirksam zu machen. Dies sei nur unter den hier nicht gegebenen Voraussetzungen der §§ 48 und 49 VwVfG NRW möglich.

Die Stichtags- und Übergangsregelung des § 29 Abs. 4 GlüStV verstoße gegen das Gebot des Vertrauensschutzes. Die Stichtagsregelung habe weder an die am 28.10.2011 zwischen den Ministerpräsidenten getroffene Einigung auf einen neuen Glücksspielstaatsvertrag anknüpfen dürfen, noch an die Erteilung der Erlaubnis nach § 33i GewO, weil die Antragsteller auf deren Zeitpunkt keinen Einfluss hätten. § 29 Abs. 4 GlüStV müsse entsprechend verfassungskonform interpretiert werden. Die Ziele des Glücksspielstaatsvertrags würden angesichts der geringen Zahl der nach dem 28.10.2011 erteilten Erlaubnisse nicht erheblich beeinträchtigt, wenn sämtliche Spielhallen demselben Übergangszeitraum unterworfen würden. Die Frist von einem Jahr entspreche nicht ansatzweise den bilanz- und

steuerrechtlichen Abschreibungsvorschriften und führe in vielen Fällen die bilanzrechtliche Überschuldung in diesem Jahr herbei. Im Übrigen sei die Beklagte bei Erteilung der Erlaubnisse nach § 33i GewO selbst nicht von einer Rechtsänderung ausgegangen, die nur einen einjährigen Betrieb ermögliche. Das subjektive Vertrauen in die Bestandskraft der gewerberechtl. Erlaubnisse überwiege deshalb das Interesse an der zeitnahen Verwirklichung der Ziele des Glücksspielstaatsvertrages.

Unabhängig davon verletzen die angewandten Vorschriften die Grundrechte der Klägerin aus Art. 12 und 14 GG. Die Untersagungsverfügung komme einem Berufsverbot gleich, entwerfe mit den gewerberechtl. Erlaubnissen Eigentumspositionen und verwehre die Nutzung des beweglichen und unbeweglichen Sacheigentums. Die Normen des Glücksspielstaatsvertrages seien formell wie materiell verfassungswidrig und inkohärent. Jedenfalls fehle es angesichts „der geringen Anzahl an Personen mit einem problematischen Spielverhalten“ an der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.

Die Beklagte habe die Interessen der Klägerin nicht hinreichend berücksichtigt. Sie habe ihr Ermessen fehlerhaft gebraucht. Es habe sich ihr aufdrängen müssen, dass schon aus wirtschaftlichen Gründen ein Interesse an der Betriebsfortführung bestehe. Bestritten werde, dass der Abstand zur Spielstätte B. 51 weniger als 350 Meter betrage. Die Beklagte habe in ihrer Verfügung nicht dargelegt, wie sie den Abstand gemessen habe.

[...]

Das Verwaltungsgericht hat die Klage abgewiesen. Es ist davon ausgegangen, dass der untersagte Spielhallenbetrieb ein stehendes Gewerbe darstelle, das ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis betrieben werde. § 15 Abs. 2 GewO erfasse Zulassungen für einen Gewerbebetrieb allgemein, auch soweit sie auf Landesrecht beruhten. Der Bundesgesetzgeber sei nicht daran gehindert, die Ausübung eines Gewerbes davon abhängig zu machen, dass es mit der Rechtsordnung vollumfänglich in Einklang stehe. Das Erfordernis der glücksspielrechtlichen Erlaubnis sei mit höherrangigem Recht vereinbar. Von ihrem Ermessen habe die Beklagte fehlerfrei Gebrauch gemacht. Im Übrigen spreche alles dafür, dass auch der erforderliche Mindestabstand zum Spielhallenkomplex B. 51 nicht eingehalten sei. Der Darlegung der Messung eines Abstands von ca. 307 Metern durch die Beklagte mit einem Kartierungsprogramm sei die Klägerin nicht substantiiert entgegengetreten. Für einen atypischen Sachverhalt, der ein Abweichen vom Mindestabstandsgebot rechtfertigen könne, sei nichts ersichtlich. Auch die Fristsetzung sowie die Zwangsgeldandrohung seien nicht zu beanstanden.

Mit der vom Verwaltungsgericht zugelassenen Berufung macht die Klägerin geltend, bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung der Übergangsregelung fielen die Spielhallen

der Klägerin in den Genuss der in Nordrhein-Westfalen erst am 30.11.2017 ablaufenden Übergangsfrist. Zudem würden die Ermessenserwägungen der Beklagten den Besonderheiten des vorliegenden Sachverhalts nicht gerecht. Übergangsregelungen müssten insoweit eine weitere Nutzung ermöglichen, als Investitionen in eine baurechtlich genehmigte und bereits in Gang gesetzten Nutzung vom Eigentumsgrundrecht geschützt und auf der Grundlage eines schutzwürdigen Vertrauens getätigt worden seien. Die Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV bedürfe einer verfassungskonformen Auslegung dahingehend, dass nicht sie, sondern die fünfjährige Übergangsfrist gelte, wenn vor dem Stichtag ein Vertrauenstatbestand begründet worden sei, weil die Baugenehmigung eingeholt, die Baumaßnahme durchgeführt und die gewerberechtliche Erlaubnis nach § 33i GewO beantragt, aber nur deshalb nicht erteilt worden sei, weil sich die Ordnungsbehörde - wie hier - amtspflichtwidrig auf den Standpunkt gestellt habe, dass über den Antrag erst nach Fertigstellung des Bauvorhabens entschieden werden könne.

Die Gesellschafter der Klägerin hätten das Betriebsgrundstück schon im Mai 2011 im Vertrauen auf die seinerzeit schon vorliegende Baugenehmigung allein zu dem Zweck erworben, das genehmigte Vorhaben durch die Klägerin auf dieser Grundlage zu realisieren. Sie habe hierfür einen Grundstückskaufpreis von 700.000 Euro aufgebracht und die Rechte aus der Baugenehmigung für 50.000 Euro erworben. Die Klägerin habe die Pläne wegen der Einwände des Ordnungsamts der Beklagten geändert und mit diesem abgestimmt. Schon am 8.9.2011 habe das Ordnungsamt der Beklagten die Planung aus gewerberechlicher Sicht als genehmigungsfähig beurteilt. Erst auf dieser Grundlage habe die Klägerin am 13.9.2011 die Erlaubnisse nach § 33i GewO beantragt. Das Ordnungsamt der Beklagten sei zur Erlaubniserteilung allerdings erst nach vollständiger Mängelbeseitigung und nach Vorlage einer Bescheinigung des Bauordnungsamts über die abschließende Baufertigstellung bereit gewesen. Die Klägerin habe aber einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnisse gehabt, bevor sie die Spielhallen errichtet habe. Mithin habe die Klägerin die Erlaubniserteilung nach dem 28.10.2011 nicht zu vertreten, zumal die Forderungen des Ordnungsamts als Nebenbestimmung zum Gegenstand der Nachtragsbaugenehmigung vom 27.9.2011 gemacht worden seien. Diese Besonderheiten des Sachverhalts hätten es erfordert, die Klägerin so zu behandeln, als seien die Erlaubnisse nach § 33i GewO bis zum 28.10.2011 erteilt worden. Sie hätten überdies auf der Rechtsfolgenseite bei der Ausübung des durch § 15 Abs. 2 GewO eingeräumten Ermessens berücksichtigt werden müssen. In die Ermessenserwägungen hätte die Beklagte auch einstellen müssen, dass die Klägerin am 23.4.2014 glücksspielrechtliche Erlaubnisse beantragt habe und jedenfalls für eine Spielhalle eine solche Erlaubnis zu erteilen sei. Im Übrigen seien die glücksspielrechtlichen Vorschriften über das Erfordernis einer Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle nicht anzuwenden, weil sie wegen einer Verletzung des Transparenzgebots gegen Artikel 56 AEUV verstießen.

[...]

Aus den Entscheidungsgründen:

Die Berufung hat keinen Erfolg. Die Klage ist unbegründet.

Die Ordnungsverfügung der Beklagten vom 18.12.2014 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (§113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Untersagung des Betriebs der sechs Spielhallen der Klägerin und die hierauf bezogene Schließungsanordnung liegen vor (dazu unten 1.). Die Entscheidung ist ermessensfehlerfrei ergangen und verhältnismäßig (dazu unten 2.). Die Zwangsgeldandrohung ist rechtlich nicht zu beanstanden (dazu unten 3.).

1. Die Beklagte hat die Betriebsuntersagung und Schließungsanordnung zu Nr. 1 der angegriffenen Ordnungsverfügung auf § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO gestützt. Auf sich beruhen kann, ob diese Vorschrift im Bereich des mittlerweile in die Gesetzgebungskompetenz der Länder übergegangenen Rechts der Spielhallen (Art. 70, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) gemäß Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG als Bundesrecht fortgilt, nachdem lediglich § 33i GewO zeitlich gestuft gemäß Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG durch Landesrecht ersetzt worden ist.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. DVB1. 2017, 697 = juris, Rn. 117; Urteil vom 9.6.2004 - 1 BvR 636/02 -, BVerfGE 111, 10 = juris, Rn. 103 ff.

Sofern § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO nicht einschlägig sein sollte, fände die Verfügung ihre Ermächtigungsgrundlage in der ordnungsrechtlichen Generalklausel des § 14 Abs. 1 OBG NRW. Denn der Glücksspielstaatsvertrag und das Landesausführungsgesetz enthalten keine speziellere Ermächtigungsnorm. § 9 Abs. 1 Sätze 2 und 3 GlüStV gelten gemäß § 2 Abs. 3 GlüStV für Spielhallen nicht. § 20 Abs. 1 AG GlüStV i. V. m. § 9 GlüStV ist eine reine Zuständigkeitsnorm, die keine Eingriffsbefugnisse verleiht.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 22.8.2014 - 4B 717/14 -, juris, Rn. 3 ff.

Die Nennung einer möglicherweise falschen Rechtsgrundlage führt auch nicht zur Rechtswidrigkeit der Verfügung, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen einer einschlägigen Rechtsgrundlage erfüllt sind. Grundsätzlich gilt dies auch für Ermessensverwaltungsakte, wenn die Normen demselben Zweck dienen und die Ermessenserwägungen die Verfügung auch nach der zutreffenden Vorschrift tragen.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 21.11.1989 - 9 C 28.89 - DVB1. 1990, 490 = juris, Rn. 12; OVG NRW, Beschluss vom 9.9.2013 - 1 B 748/13 ZBR 2013, 421 = juris, Rn. 24.

So liegt der Fall hier. Abgesehen von der Unsicherheit über die Fortgeltung des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO für das Recht der Spielhallen liegen sowohl seine Voraussetzungen (dazu unten a), als auch die Voraussetzungen der ordnungsrechtlichen Generalklausel des § 14 Abs. 1 OBG NRW vor (dazu unten b). Denn die Klägerin verfügt nicht über die für den Betrieb ihrer Spielhallen erforderlichen glücksspielrechtlichen Erlaubnisse nach §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW und die Voraussetzungen der Erlaubniserteilung liegen auch nicht offensichtlich vor (dazu unten c). Beide in Betracht kommenden Ermächtigungsnormen dienen demselben Zweck, so dass die Ermessenserwägungen die Verfügung nach beiden Vorschriften tragen (dazu unten 2.).

a) Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO kann die zuständige Behörde die Fortsetzung des Betriebs verhindern, wenn ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Erlaubnis, Genehmigung, Konzession oder Bewilligung (Zulassung) erforderlich ist, ohne Zulassung betrieben wird. Die Bestimmung setzt voraus, dass ein grundsätzlich nach Gewerberecht oder gewerberechtlichem Nebenrecht zulassungsfähiges Gewerbe betrieben wird, eine derartige Zulassung aber fehlt. Das auf das in Rede stehende Gewerbe bezogene Zulassungserfordernis kann sich auch aus landesrechtlichen Vorschriften ergeben.

Vgl. BVerwG, Urteil vom 21.6.2006 - 6 C 19.06 -, BVerwGE 126, 149 = juris, Rn. 39.

Das Erfordernis einer Erlaubnis nach §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW, deren Fehlen die Beklagte der Klägerin vorhält, gehört zum Gewerberecht oder zum gewerberechtlichen Nebenrecht, auf das § 15 Abs. 2 GewO abstellt, obwohl es landesrechtlich begründet ist. Es fällt unter das in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallende Recht der Spielhallen nach Art. 70, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, das die gewerberechtlichen Anforderungen an den Betrieb und die Zulassung von Spielhallen erfasst.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u. a. -, DVB1. 2017, 697 = juris, Rn. 100 ff., 105.

b) Nach § 14 Abs. 1 OBG NRW können die Ordnungsbehörden die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren. Zum Schutzgut der öffentlichen Sicherheit gehört die Unverletzlichkeit der Rechtsordnung, so dass eine Handlung ohne die dafür gesetzlich vorgesehene Erlaubnis die öffentliche Sicherheit verletzt. Deshalb kann eine formell illegale Nutzung auf der Grundlage der ordnungsrechtlichen Generalklausel regelmäßig rechts- und ermessensfehlerfrei untersagt werden. Eine (auch) auf die formelle Illegalität gegründete Nutzungsuntersagung stellt sich grundsätzlich selbst dann als verhältnismäßig dar, wenn das Vorhaben erlaubnisfähig ist. Etwas anders kann ausnahmsweise gelten, wenn ein bereits gestellter Erlaubnisantrag - nach Auffassung der zuständigen Behörde - offensichtlich

genehmigungsfähig ist und der Erteilung der Erlaubnis auch sonst keine Hindernisse entgegenstehen.

Vgl. bezogen auf die bauordnungsrechtliche Generalklausel OVG NRW, Beschluss vom 14.2.2014 - 2 A 1181/13 ZfWG 2014, 354 = juris, Rn. 9 ff., m. w. N.

c) Die Klägerin verfügt nicht über die erforderlichen glücksspielrechtlichen Erlaubnisse nach §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW. Sie kann sich insoweit auch nicht darauf berufen, dass bei verfassungskonformer Auslegung für ihre Spielhallen die fünfjährige Übergangsfrist nach § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV gilt. Nach den hier einschlägigen Übergangsregelungen in §§ 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV i.V.m. 18 AG GlüStV NRW bedarf es in Nordrhein-Westfalen für Spielhallen, für die nach dem 28.10.2011 eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt worden ist, nach Ablauf von einem Jahren nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags einer Erlaubnis, die von der Einhaltung des Verbundverbots und der Abstandsgebote nach §§ 24, 25 GlüStV, 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW abhängig ist. Die damit einhergehenden Grundrechtseingriffe in die Rechte der Spielhallenbetreiber sind verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Sie werden dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gerecht und erfüllen die Anforderungen der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u. a. -, DVB1. 2017, 697 = juris, Rn. 196 ff.

Insbesondere durfte der Gesetzgeber für Bestandsspielhallen, die - wie hier - erst nach dem 28.10.2011 eine Spielhallenerlaubnis nach § 33 i GewO erhalten haben, eine nur einjährige Übergangsvorschrift vorsehen. Durch das Anknüpfen an den Zeitpunkt der Erlaubniserteilung sollte ein stufenweiser Rückbau erreicht werden. Dahinter steht das Ziel einer zeitnahen Umsetzung des Abstandsgebots und des Verbundverbots, um eine möglichst wirksame Bekämpfung der Glücksspielsucht zu erreichen. Zum anderen soll die Stichtagsregelung Mitnahmeeffekte in Form von Vorraterlaubnissen in Kenntnis der beabsichtigten Änderung der Rechtslage verhindern. Schutzwürdiges Vertrauen stand dem zu diesem Zeitpunkt nicht mehr entgegen, weil sich die Landesregierungen bereits im Rahmen der Ministerpräsidentenkonferenz am 6.4.2011 darauf geeinigt hatten, einen Entwurf für einen Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag zur Anhörung und zur Notifizierung bei der Europäischen Kommission freizugeben. Dieser enthielt einen besonderen Erlaubnisvorbehalt für Spielhallen, Regelungen über ein Abstandsgebot zu anderen Spielhallen und ein Verbundverbot sowie entsprechende Übergangsregelungen. Unter anderem sah er vor, dass Spielhallenerlaubnisse nach § 33i GewO, die nach dem 6.4.2011 erteilt würden, bei einem Verstoß gegen das Verbundverbot ein Jahr nach Inkrafttreten des Staatsvertrags unwirksam werden sollten. Somit waren schon vor dem 28.10.2011 Gesetzesänderungen für die

Spielhallenbetreiber in konkreten Umrissen allgemein vorhersehbar, so dass sie nicht mehr darauf vertrauen konnten, das bis dahin geltende Recht werde in Zukunft unverändert fortbestehen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u. a. -, DVB1. 2017, 697 = juris, Rn. 122 ff, 196 ff., 203 ff.

Dem nordrhein-westfälischen Landtag wurde dieser Entwurf für einen Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag bereits am 18.4.2011 zugeleitet, wodurch er in Nordrhein-Westfalen auch über die öffentlich zugängliche Parlamentsdatenbank allgemein bekannt wurde.

Vgl. LT-Vorlage 15/580.

Auch durfte der Gesetzgeber für die Bemessung der Übergangsfrist auf den Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis nach § 33 i GewO abstellen, weil schutzwürdiges Vertrauen der Spielhallenbetreiber in die zukünftige Erteilung der Erlaubnis erst mit der Erteilung der Betriebserlaubnis nach § 33i GewO entstehen konnte, nicht bereits mit der Antragstellung oder der Erteilung der Baugenehmigung. Ein betätigtes Vertrauen in die Fortgeltung der Rechtslage war auch nicht etwa deshalb schon vor der Erteilung einer Spielhallenerlaubnis schutzwürdig, weil nach der Behördenpraxis die Erlaubnis nach § 33i GewO erst nach Besichtigung der fertiggestellten Räumlichkeiten erteilt wurde. Diese Behördenpraxis ergibt sich weder aus dem Gesetz, noch ist sie aus sachlichen Gründen zwingend geboten. Die Praxis hindert den Gesetzgeber nicht daran, den Beginn des Vertrauensschutzes schon aus Gründen der Rechtssicherheit an den Zeitpunkt der Erlaubniserteilung zu knüpfen. Gegen eine behördliche Verschleppung der Genehmigungsentscheidung hätten sich die Betroffenen im Wege der verwaltungsgerichtlichen Untätigkeitsklage wenden und Staatshaftungsansprüche geltend machen können.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. DVB1. 2017, 697 = juris, Rn. 206ff.

Gemessen an dieser für den Senat nach § 31 BVerfGG bindenden Beurteilung des Vertrauensschutzes im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags wurde für die Klägerin vor dem 28.10.2011 nicht deshalb ein Vertrauenstatbestand begründet, weil schon zuvor die Baugenehmigung eingeholt, die Baumaßnahme durchgeführt und die gewerberechtiglichen Erlaubnisse nach § 33i GewO beantragt, aber trotz bestehenden Anspruchs nicht vor dem Stichtag erteilt worden waren. Auch wenn sich die Beklagte zu Unrecht auf den Standpunkt gestellt hat, dass über den bereits mit ihr abgestimmten und aus ihrer Sicht genehmigungsfähigen Antrag erst nach Fertigstellung des Bauvorhabens

entschieden werden könne, ergab sich daraus kein vergleichbarer Vertrauenstatbestand zu Gunsten der Klägerin, wie er durch die Erteilung der Erlaubnis selbst vermittelt wurde und an den der Gesetzgeber zulässigerweise allein angeknüpft hat. Insofern ist es höchstrichterlich auch geklärt, dass die Härtefallregelung gemäß § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV für Spielhallen, die unter § 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV fallen, verfassungsrechtlich unbedenklich nicht einschlägig ist.

d) Den von der Klägerin hervorgehobenen Besonderheiten des Falles ist im Übrigen schon dadurch weitgehend Rechnung getragen worden, dass sie tatsächlich ihre Spielhallen bis zum Ablauf der fünfjährigen Überleitungsfrist weiterbetrieben hat, obwohl lediglich die gesetzlichen Voraussetzungen eines rechtmäßigen Weiterbetriebs bis zum Ende der einjährigen Überleitungsfrist nach § 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV vorgelegen haben. Denn der Glücksspielstaatsvertrag ist in Nordrhein-Westfalen nach der eindeutigen Regelung in Art. 1 § 2 Abs. 1 des (nach seinem Art. 4 am 1.12.2012 in Kraft getretenen) Gesetzes zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 13.11.2012 (GV. NRW. S. 524) rückwirkend am 1.7.2012 in Kraft getreten, so dass die - hier an sich nicht einmal einschlägige - Frist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV, die die Klägerin für sich in Anspruch nimmt, schon am 30.6.2017 abgelaufen ist. Ab diesem Zeitpunkt darf die Klägerin ihre Spielhallen selbst bei der von ihr in Anspruch genommenen Anwendung der fünfjährigen Übergangsfrist nicht mehr ohne eine glücksspielrechtliche Erlaubnis nach § 24 GlüStV betreiben.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 8.6.2017 - 4 B 307/17 -, NWVB1. 2017, 431 = juris, Rn. 17 ff., 71.

e) Schließlich greift der Einwand der Klägerin nicht durch, die glücksspielrechtlichen Vorschriften über das Erfordernis einer Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle seien nicht anzuwenden, weil sie wegen einer Verletzung des Transparenzgebots gegen Artikel 56 AEUV verstießen. Nach den allgemeinen Grundsätzen des AEU-Vertrags, insbesondere den Grundsätzen der Gleichbehandlung sowie der daraus folgenden Pflicht zur Transparenz, die bei Auswahlentscheidungen heranzuziehen sind, bei denen angesichts bestimmter objektiver Kriterien ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, ist den Mitgliedstaaten ein gewisses Ermessen zuzuerkennen, um zur Einhaltung dieser Grundsätze bestimmte Maßnahmen zu erlassen. Die Verpflichtung zur Transparenz soll u. a. die Gefahr willkürlicher Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers ausschließen.

Vgl. EuGH, Urteil vom 16.4.2015 - C-278/14 -, SC Enterprise Focused Solutions SRL, ECLI:EU:C: 2015:228, VergabeR 2015, 555 = juris, Rn. 16 und 25 ff., m. w. N.

Damit der behördlichen Ermessensausübung zum Schutz vor willkürlichen Entscheidungen hinreichende Grenzen gesetzt werden, muss ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung zudem auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen.

Vgl. EuGH, Urteil vom 9.9.2010 - C-64/08 -, Engelmann, ECLI:EU:C:2010:506, GewArch 2011, 29 = juris, Rn. 55, m.w.N.

Auch wenn dieses Transparenzgebot nicht unbedingt eine Ausschreibung vorschreibt, verpflichtet es doch die konzessionerteilende Stelle, zugunsten der potenziellen Bewerber einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherzustellen, der eine Öffnung für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Auswahlverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.

Vgl. EuGH, Urteil vom 22.6.2017 - C-49/16 -, Unibet International Ltd., ECLI:EU:C:2017:491, WRP 2017, 1069 = juris, Rn. 42; hierzu auch OVG NRW, Beschluss vom 15.5.2017 - 4 A 1504/15 -, NVwZ-RR 2017, 690 = juris, Rn. 26 f., m. w. N.

Jedenfalls nachdem das Bundesverfassungsgericht klargestellt hat, anhand welcher Kriterien Auswahlentscheidungen bei der Entscheidung über die Erteilung von Erlaubnissen nach § 24 Abs. 1 GlüStV nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist zu treffen sind, beruht dieses System der vorherigen behördlichen Genehmigung auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien. In Ausfüllung des den Mitgliedstaaten eingeräumten Ermessens hat das Bundesverfassungsgericht auch ausreichende gesetzlich fundierte Maßstäbe für die Auswahlentscheidung benannt, durch die die Gefahr willkürlicher Entscheidungen ausgeschlossen und eine Nachprüfung ermöglicht wird, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind.

Zur besseren Wahrung der erforderlichen Verfahrenstransparenz und Planungssicherheit hat die Beklagte im Laufe des Berufungsverfahrens deutlich gemacht, dass sie sich bei ihren Entscheidungen an den durch Verwaltungsvorschrift näher konkretisierten Maßstäben orientieren werde. Dies genügt dem europarechtlichen Transparenzerfordernis zum Ausschluss willkürlicher Entscheidungen. Sofern - wie hier - der Gesetzgeber nach Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts im grundrechtsrelevanten Bereich die wesentlichen Entscheidungen selbst getroffen hat, kann die Verwaltung nämlich nach innerstaatlichem Recht den europarechtlichen Transparenzanforderungen auch dadurch zusätzlich entsprechen, dass sie durch Verwaltungsvorschriften im Interesse einer einheitlichen Verwaltungspraxis Entscheidungsmaßstäbe im Sinne gesetzlicher Regelungen

im Detail näher konkretisiert und bekannt macht, ohne dass hierdurch der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes verletzt oder auch nur berührt wird.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. -, juris, Rn. 183 ff., 186; BVerwG, Urteil vom 24.3.1977 - 2 C 14.75 -, BVerwGE 52, 193 = juris, Rn. 19, m. w. N.

2. Bei dieser Ausgangslage war die Untersagungs- und Schließungsverfügung auch nicht ermessensfehlerhaft (dazu unten a) und nicht unverhältnismäßig (dazu unten b). § 15 Abs. 2 GewO und § 14 Abs. 1 OBG NRW dienen bezogen auf formell illegale Nutzungen demselben Zweck, so dass die Ermessenserwägungen die Verfügung nach beiden Vorschriften tragen.

a) Ein Ermessensfehler liegt nicht darin, dass die Beklagte besondere Bestandsinteressen der Klägerin auf Grund ihrer vor dem Stichtag, teilweise nach Abstimmung mit der Beklagten, erfolgten Investitionen unberücksichtigt gelassen hat. Derartige Besonderheiten des Sachverhalts waren vor dem Hintergrund, dass die Investitionen auf eigenes Risiko der Klägerin getätigt worden sind, schon deshalb im Rahmen der gesetzlichen Grenzen des Ermessens und nach dem Zweck der Ermächtigung (§ 114 Satz 1 VwGO) nicht gesondert zu Gunsten der Klägerin zu berücksichtigen, weil der Gesetzgeber ihnen im Interesse des angestrebten rechtssicheren raschen Abbaus bestehender Spielhallen gegenüber den verfolgten Veränderungsinteressen ein geringeres Gewicht beigemessen und verfassungsrechtlich zulässig die damit verbundenen Härten sowie die möglicherweise nicht mögliche Amortisation getätigter Investitionen bewusst in Kauf genommen hat.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. -, DVB1. 2017, 697 = juris, Rn. 209ff., 213.

Soweit die Beklagte der angegriffenen Ordnungsverfügung fehlerhaft die Annahme zu Grunde gelegt hat, die Klägerin habe keine Anträge auf Erteilung von glücksspielrechtlichen Erlaubnissen nach § 24 Abs. 1 GlüStV i.V.m. § 16 AG GlüStV NRW gestellt, beruht die Entscheidung hierauf nicht. Denn unabhängig hiervon hat die Beklagte auch darauf abgestellt, dass der Klägerin für den Betrieb der sechs Spielhallen keine Erlaubnisse erteilt werden könnten, weil mehrere Spielhallen in einem baulichen Verbund miteinander stünden, der Mindestabstand von 350 m Luftlinie nach § 16 Abs. 3 AG GlüStV NRW zu zwei weiteren in ihrem Bestand geschützten Spielhallen unterschritten werde und kein atypischer Fall vorliege, der eine Ausnahme rechtfertigen. Nachdem die Klägerin der Darlegung der Messung eines Abstands von ca. 307 Metern mittels eines Kartierungsprogramms durch die Beklagte nicht substantiiert entgegengetreten ist, liegen die Erlaubnisvoraussetzungen jedenfalls nicht offensichtlich vor, zumal die Klägerin auch nicht mitgeteilt hat, welche Spielhalle sie gegebenenfalls allein fortführen möchte. Damit ist die für eine ermessensgerechte

Entscheidung bereits ausreichende und in den Ausführungen der Beklagten sinngemäß enthaltene Annahme nicht zu beanstanden, dass die Spielhallen der Klägerin formell rechtswidrig ohne die erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis betrieben würden, die Erlaubnisvoraussetzungen jedenfalls nicht offensichtlich vorlägen und die Untersagungsverfügung trotz des damit für die Klägerin verbundenen finanziellen Schadens wegen des überwiegenden Allgemeininteresses an der Umsetzung der Ziele des Glücksspielstaatsvertrages angemessen sei.

Auch die Fristsetzung ist aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Urteils, auf die der Senat gemäß § 117 Abs. 5 VwGO Bezug nimmt, rechtlich nicht zu beanstanden.

b) Das Verhältnismäßigkeitsgebot verpflichtet die Antragsgegnerin auch nicht mit Blick auf die nunmehr anstehende Auswahlentscheidung zum Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist, den formell illegalen Betrieb der Spielhallen der Klägerin aktuell bis zu einer Entscheidung über die Erlaubnisanträge vom 23.4.2014 weiter zu dulden. Das folgt nicht daraus, dass die Untersagungsverfügung als Verwaltungsakt mit Dauerwirkung während ihres Wirkungszeitraums an der jeweils aktuellen Rechtslage zu messen ist.

Vgl. zur glücksspielrechtlichen Untersagungsverfügung BVerwG, Urteil vom 20.6.2013 - 8 C 17.12 Buchholz 11 Art. 12 GG Nr. 286 = juris, Rn. 34.

Auch nach aktueller Rechtslage muss die Beklagte den formell illegalen Betrieb der Spielhallen der Klägerin nicht dulden. Das wäre allenfalls dann anzunehmen, wenn die formell illegale Tätigkeit die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllte und dies offensichtlich, d.h. ohne weitere Prüfung erkennbar wäre, so dass die Untersagung nicht mehr zur Gefahrenabwehr erforderlich wäre. Verbleibende Unklarheiten oder Zweifel an der Erfüllung der Erlaubnisvoraussetzungen rechtfertigen dagegen ein Einschreiten.

Vgl. bezogen auf § 15 Abs. 2 GewO BVerwG, Beschluss vom 25.2.2015 - 8 B 36.14 -, ZfWG 2015, 227 = juris, Rn. 13; Urteil vom 9.3.2005 - 6 C 11.04 NVwZ 2005, 961 = juris, Rn. 31; bezogen auf die (bau)ordnungsrechtliche Generalklausel OVG NRW, Beschluss vom 14.2.2014 - 2 A 1181/13 -, ZfWG 2014, 354 = juris, Rn. 11 f., m.w.N.

Die Erlaubnisvoraussetzungen liegen auch derzeit jedenfalls nicht offensichtlich vor. Allerdings kommt entgegen der Annahme der Beklagten durchaus in Betracht, dass zumindest eine Spielhalle der Klägerin unter Wahrung des Mindestabstands von 350 m zur benachbarten Spielhalle auf dem Grundstück Bl.---straße 51 rechtmäßig betrieben werden kann und die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis erfüllt. Denn die bisherige Messung der Beklagten hat zu Unrecht den Abstand zwischen den Grundstücksgrenzen zugrunde gelegt (vgl. Schriftsatz der Beklagten vom 19.10.2015). § 16

Abs. 3 AG GlüStV NRW verlangt einen Mindestabstand zu einer anderen Spielhalle, nicht zwischen den jeweiligen Grundstücksgrenzen. Die Regelung bezweckt, dass Spieler nicht von einer direkt zur nächsten Spielhalle gelangen sollen, sondern dass es über einen entsprechend zurückzulegenden Fußweg zu einer gewissen „Abkühlung“ kommen soll, bevor sich erneut die Gelegenheit zum Spiel eröffnet.

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

Bei einer am Gesetzeszweck orientierten Messung der zwischen den Eingängen der Spielhallen liegenden Entfernung oder gar einer Messung der zwischen den Gebäudemittelpunkten liegenden Entfernung, von der das Ministerium für Inneres und Kommunales des Landes NRW in seinem Erlass vom 10.5.2016 ausgeht, an dem sich die Beklagte orientiert, könnte der Mindestabstand jedenfalls bezogen auf eine einzelne Spielhalle durchaus eingehalten sein. Dem weiter nachzugehen, ist jedoch Gegenstand des laufenden Genehmigungsverfahrens.

Sofern der Mindestabstand unterschritten wäre, wären bei der dann erforderlichen Auswahlentscheidung zwar die Erlaubnisanträge der Klägerin einzubeziehen, deren Spielhallen nur unter die einjährige Übergangsfrist fielen. Daneben blieben grundrechtsrelevante Positionen der Betreiber von Bestandsspielhallen zu berücksichtigen, die unter die fünfjährige Übergangsfrist fielen und denen der Gesetzgeber weitergehenden Vertrauensschutz zugebilligt hat.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 8.6.2017 - 4 B 307/17 -, NWVB1 2017, 431 = juris, Rn. 51 ff, m.w.N.

Hier ist die Untersagung jedoch auch weiterhin notwendig, um die Klärung im Erlaubnisverfahren zu sichern und so zu verhindern, dass durch die unerlaubte Tätigkeit vollendete Tatsachen geschaffen und dem Gesetzeszweck zuwider auch nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist nach dem Glücksspielstaatsvertrag die Spielmöglichkeiten nicht im gesetzlich vorgesehenen Umfang im Hinblick auf das hohe Suchtpotential bei Geldspielgeräten beschränkt werden. Zwischen den Beteiligten ist noch immer umstritten, ob die Spielhallen der Klägerin mit Blick auf den benachbarten Spielhallenstandort, an dem der Betrieb bis zum 30.11.2017 geduldet wird, erlaubnisfähig sind. Für den Betrieb der Spielhallen der Klägerin könnte eine Erlaubnis nur erteilt werden, wenn nach dem, derzeit noch nicht absehbaren, Ergebnis der Prüfung der Antragsgegnerin der Mindestabstand von 350 m nach § 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW zwischen ihrer Spielhalle und anderen Spielhallen eingehalten oder von diesem Abstandsgebot nach § 16 Abs. 3 Satz 3 AG GlüStV NRW abgewichen werden dürfte. Eine Härtefallerlaubnis scheidet wie ausgeführt hingegen aus, weil ihre Spielhalle der bereits 2013 abgelaufenen einjährigen Übergangsfrist nach § 29

Abs. 4 Satz 3 GlüStV unterfiel, für die verfassungsrechtlich unbedenklich die Härtefallregelung gemäß § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV nicht einschlägig ist.

3. Schließlich ist auch die Zwangsgeldandrohung ist aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Urteils, auf die der Senat gemäß § 117 Abs. 5 VwGO Bezug nimmt, rechtlich nicht zu beanstanden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit beruht auf § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen hierfür nach § 132 Abs. 2 VwGO nicht vorliegen.

[...]