

OVG Nordrhein-Westfalen – Beschluss vom 14. Juni 2019 – 4 B 1488/18

Prioritätsprinzip als Kriterium für Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Bestandsspielhallen

(VG Minden, Beschl. v. 24.9.2018 - 3 L 623/18)

GlüStV §§ 1, 24, 25, 29 Abs. 4; GewO § 33 i

Sofern nach Überprüfung aller vorrangigen verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Kriterien keine entscheidungserheblichen Unterschiede zwischen zwei konkurrierenden Spielhallen festgestellt werden können, ist die zuständige Behörde berechtigt, für die Auswahl zwischen zwei konkurrierenden Spielhallenbetreibern auf das aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes ableitbare Prioritätsprinzip, d.h. einen Vorrang der länger bestehenden Spielhalle, abzustellen.

In Fällen, in denen aufgrund des Abstandsgebots mehrere Spielhallen zueinander in Konkurrenz stehen, bedarf es eines gesetzlich geregelten, chancengleich ausgestalteten und verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Auswahlverfahrens. Die wesentlichen Auswahlparameter lassen sich dem Gesetz noch in hinreichendem Maße entnehmen. Insbesondere kann zur Konturierung der Auswahlkriterien zunächst auf die Regelung zur Härtefallbefreiung nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zurückgegriffen werden.

Mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der unbilligen Härte sollen (nur) atypische, vom Gesetzgeber nicht ausreichend berücksichtigte, besonders gelagerte Fallkonstellationen, in denen die Anwendung der gesetzlichen Vorgaben zu einer nicht intendierten Härte führen würde, einer die widerstreitenden Interessen abwägenden Einzelfallentscheidung zugeführt werden können. Härten, die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Tatbestands bewusst in Kauf genommen hat und die dem Gesetzeszweck entsprechen, können keinen Härtefall begründen, weil sonst die vom Gesetzgeber beabsichtigte Folge - hier eine Verringerung von Anzahl und Dichte der Spielhallen - in der Regel nicht eintreten würde.

(Ls. d. Red.)

Aus den Gründen:

Die Beschwerde des Antragstellers ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat dem Antrag,

der Antragstellerin zu gestatten, die bisher von ihr betriebene Spielhalle C. T. in Q. bis zu einer endgültigen Entscheidung in der Hauptsache weiter betreiben zu dürfen,

hilfsweise, der Antragsgegnerin aufzugeben, bis zur Entscheidung in der Hauptsache den weiteren Betrieb der genannten Spielhalle zu dulden,

nur insoweit stattgegeben, als es die Antragsgegnerin verpflichtet hat, der Antragstellerin den Weiterbetrieb der Spielhalle auf dem Grundstück C.T. in Q1. bis zum Ablauf von vier weiteren Monaten nach Ablauf des Monats, in dem die Entscheidung in diesem Eilverfahren rechtskräftig wird, zu gestatten. Im Übrigen hat es den Antrag mit der Begründung abgelehnt, die Antragstellerin habe einen Anordnungsanspruch für den gesamten Zeitraum bis zur endgültigen Entscheidung in der Hauptsache nicht glaubhaft gemacht. Ihr Erfolg im Hauptsacheverfahren sei nicht überwiegend wahrscheinlich, weil die Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis nach den weder europa- noch verfassungsrechtlich zu beanstandenden Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages (GlüStV) und des Ausführungsgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen zum Glücksspielstaatsvertrag (AG GlüStV NRW) nicht vorlägen. Einer Erlaubnis für die Antragstellerin stehe das Mindestabstandsgebot von 350 m Luftlinie zu der Spielhalle des Beigeladenen nach § 16 Abs. 3 Halbsatz 2 AG GlüStV NRW entgegen. Gewichtige Umstände dafür, dass im Hauptsacheverfahren die Auswahlentscheidung zwischen der Antragstellerin und dem Beigeladenen der rechtlichen Überprüfung nicht standhalten werde, bestünden nicht. Dabei seien die tatsächlichen und rechtlichen Fragen wegen der bei Versagen vorläufigen Rechtsschutzes entstehenden erheblichen, über Randbereiche hinausgehenden Verletzung der Antragstellerin in ihren Grundrechten so eingehend wie im Klageverfahren überprüft worden. Die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin lasse keine Rechtsfehler erkennen. Diese habe ausweislich der maßgeblichen Begründung in ihrem Bescheid vom 27.11.2017 darauf abgestellt, dass der Beigeladene bereits seit 1989 bzw. 1999 über die erforderlichen gewerberechtlichen Erlaubnisse zum Betrieb der Spielhallen verfüge und sofort bereit gewesen sei, eine der bestehenden Spielhallen zum 3.11.2017 wegen des Verbundverbotes zu schließen. Das Prioritätsprinzip sei jedenfalls dann ein zulässiges Auswahlkriterium, wenn - wie hier - kein anderes Kriterium verbleibe, weil sich im Übrigen keine durchgreifenden Unterschiede zwischen den Konkurrenten ergeben hätten. Dass die Nichterteilung der glücksspielrechtlichen Erlaubnis für die Antragstellerin eine unbillige Härte im Sinne von § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV bedeute, habe diese nicht glaubhaft gemacht. Ihre entsprechenden Argumente habe die Antragsgegnerin umfassend berücksichtigt und gewürdigt, hierauf werde verwiesen. Soweit sie sich auf die hohen fortlaufenden Kosten berufe, sei ihr die Kenntnis von dem baldigen Abschluss des Glücksspielstaatsvertrags bei Abschluss der entsprechenden Verträge entgegen zu halten. Sie habe auch nicht dargelegt, wie sie die fünfjährige Übergangsfrist genutzt habe, um sich auf den Fall der Nichterteilung der Erlaubnis vorzubereiten. Soweit der Antrag Erfolg habe, beruhe dies auf den

Anforderungen, die an die Gewährung effektiven Rechtsschutzes in diesem Rechtsbereich zu stellen seien. Der Antragstellerin sei die Möglichkeit einer Überprüfung der Verwaltungsentscheidung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu ermöglichen und darüber hinaus eine Frist für gegebenenfalls noch vorzunehmende Abwicklungsmaßnahmen einzuräumen.

Diese Einschätzungen werden durch das Beschwerdevorbringen, auf dessen Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, nicht durchgreifend in Frage gestellt.

Ohne Erfolg wendet die Antragstellerin ein, dass ihr schon mit Blick auf die wesentlichen, wirtschaftlich nicht mehr ausgleichbaren Nachteile bei einer vorläufigen Schließung der Spielhalle Rechtsschutz im einstweiligen Rechtsschutzverfahren bis zu einer endgültigen Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung im Hauptsacheverfahren zu gewähren sei.

Einen derart weitreichenden Rechtsschutz, der ausschließlich auf das Hauptsacheverfahren abzielt und eine zeitnahe Umsetzung der Vorgaben des Glücksspielstaatvertrages erheblich verzögert, gebietet das Gebot des effektiven Rechtsschutzes nicht. Hierzu hat der Senat bereits in seinem Beschluss vom 18.7.2018 – 4 B 179/18 NWVB1. 2018, 529 = juris, Rn. 42 ff., in Bezug auf die Anordnung der sofortigen Schließung einer Bestandsspielhalle ausgeführt:

„Mit Blick auf die jedenfalls teilweise nicht rückgängig zu machenden wirtschaftlichen Folgen einer Betriebsaufgabe verstößt die Anordnung der sofort umzusetzenden Schließung einer der fünfjährigen Übergangsfrist unterfallenden Bestandsspielhalle, deren Fortbestand in Konkurrenzsituationen von einer behördlichen Auswahlentscheidung abhängt, weil sie die übrigen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt, grundsätzlich gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes. Insoweit hat die Behörde zu berücksichtigen, dass die Fortführung einer bisher rechtmäßig betriebenen Spielhalle in Rede steht, von denen nach der gesetzgeberischen Konzeption nur einige übrig bleiben sollen, deren Auswahl gesetzlich nur sehr allgemein vorgegeben ist, was nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine einzelfallbezogene Betrachtung und deren gerichtliche Überprüfung erfordert.

Vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a. -, BVerfGE 145, 20 = juris, Rn. 185 f.

Dabei muss die Behörde im Interesse einer möglichst zeitnahen Umsetzung der Mindestabstandserfordernisse auch bezogen auf Bestandsspielhallen nicht notwendig

den Ausgang von Klageverfahren gegen konkurrierenden Spielhallenbetreibern erteilte Erlaubnisse sowie die zugrunde liegenden Auswahlentscheidungen abwarten. Sie muss aber Gelegenheit für eine gerichtliche Überprüfung der Auswahlentscheidung im Rahmen eines Verfahrens vorläufigen Rechtsschutzes einräumen. Erweist sich dabei, dass dem Antragsteller bei Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten droht, die durch eine der Klage stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, so ist - erforderlichenfalls unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs – vorläufiger Rechtsschutz zu gewähren, wenn nicht ausnahmsweise überwiegende gewichtige Gründe entgegenstehen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.9.2011 2 BvR 1206/11 NJW 2011, 3706 = juris, Rn. 15; BVerwG, Beschluss vom 1.2.2011 – 7 VR 6.11 - juris, Rn. 6, jeweils m. w. N.; OVG NRW, Beschluss vom 6.4.2017 - 4 B 799/16 - , GewArch 2018, 39 = juris, Rn. 6 f.“

Mit Blick auf die vergleichbare Interessenlage gebietet das Gebot des effektiven Rechtsschutzes auch für den Fall des vorläufigen Rechtsschutzes hinsichtlich der Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis eine eingehende tatsächliche und rechtliche Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs. Diese hat das Verwaltungsgericht vorgenommen und festgestellt, dass die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin keine Rechtsfehler erkennen lässt. Durchgreifende Bedenken hiergegen sind auch im Beschwerdeverfahren nicht erhoben worden. Das Verwaltungsgericht ist entgegen der Ansicht der Antragstellerin zu Recht davon ausgegangen, dass die Antragsgegnerin nach Überprüfung aller anderen Kriterien für die Auswahl zwischen zwei konkurrierenden Spielhallenbetreibern auf das aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes ableitbare Prioritätsprinzip, d.h. einen Vorrang der länger bestehenden Spielhalle, abstellen durfte.

In den Fällen der vorliegenden Art, in denen aufgrund des Abstandsgebots mehrere Spielhallen zueinander in Konkurrenz stehen, bedarf es eines gesetzlich geregelten, chancengleich ausgestalteten und verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Auswahlverfahrens. Die wesentlichen Auswahlparameter lassen sich ausweislich des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 7.3.2017,

- 1 BvR 1314/12 u.a. -, BVerfGE 145, 20 = juris, Rn. 184 ff.,

dem sich der Senat im Hinblick auf die spielhallenbezogenen Regelungen im Land Nordrhein- Westfalen mit Beschluss vom 8.6.2017,

- 4 B 307/17 -, NWVB1. 2017, 431 = juris, Rn. 51,

angeschlossen hat, dem Gesetz noch in hinreichendem Maße entnehmen. Insbesondere kann zur Konturierung der Auswahlkriterien zunächst auf die Regelung zur Härtefallbefreiung nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zurückgegriffen werden. Die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber gebietet auch ohne ausdrückliche gesetzliche Präzisierung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht. Das gilt auch, sofern bei der erforderlichen Auswahlentscheidung zusätzlich Erlaubnisansträge neu in den Markt eintretender Bewerber einzubeziehen sind, wobei grundrechtsrelevante Positionen der Betreiber von Bestandsspielhallen zu berücksichtigen bleiben. Dazu zählt etwa auch die Amortisierbarkeit von Investitionen. Zudem ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV, dass auch bereits bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten Ziele des § 1 GlüStV zu beachten sind und bei Bestandsspielhallen überdies der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33 i GewO zu berücksichtigen ist.

Diese Vorgaben, die das Ministerium für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen in seinen Hinweisen zum Vollzug des Glücksspielstaatsvertrages (GlüStV) vom 15.12.2011 und des Gesetzes zur Ausführung des Glücksspielstaatsvertrages vom 13.11.2012 (AG GlüStV NRW), Erlasse vom 1.5.2016 und 6.11.2017, Gz.: 113-38.07.13 - 5, aufgegriffen hat, sind von der Antragsgegnerin, die die Antragstellerin bereits Ende 2016 auf den genannten Erlass vom 1.5.2016 hingewiesen hatte, beachtet worden. Durchgreifende, konkrete Einwände gegen die Festlegung und Anwendung der Kriterien hat die Antragstellerin nicht vorgebracht.

Insbesondere vermag die vorgetragene angebliche Komplexität der Angelegenheit ein Eingehen auf die von der Antragsgegnerin sowohl in ihrem Bescheid vom 27.11.2017 als auch in der Antragserwiderung dargelegten Auswählerwägungen nicht zu ersetzen.

Auch der Einwand, die Antragsgegnerin habe zu Unrecht das längere Bestehen der Spielhalle des Beigeladenen und dessen Bereitschaft zur Schließung seiner zweiten Spielhalle am gleichen Ort für ausschlaggebend erachtet, geht fehl. Das Verwaltungsgericht hat eine Auswahl nach diesen Kriterien zu Recht für zulässig erachtet, nachdem die Antragsgegnerin bei der Prüfung der angeführten vorrangigen verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Kriterien keine entscheidungserheblichen Unterschiede zwischen der Antragstellerin und dem Beigeladenen festgestellt hatte. Sowohl das in den Hinweisen des Landes benannte Kriterium der gerechten Lastenverteilung als auch das Kriterium der Priorität,

vgl. zu letzterem: Sächs. OVG, Beschluss vom 22.12.2017 - 3 B 320/17 -, ZfWG 2018, 272 = juris, Rn. 14; für den Fall der nochmaligen Regelung im Ausführungsgesetz: OVG Hamburg, Beschluss vom 9.7.2018 – 4 Bs 12/18 ZfWG 2018, 449 = juris, Rn. 77 ff.,

sind sachgerecht und lassen sich unmittelbar der Härtefallregelung des § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV entnehmen. Dort ist zum einen die unbillige Härte, die die Berücksichtigung der auf den einzelnen Betreiber zukommenden wirtschaftlichen Lasten bei einer Schließung seines Betriebes gebietet, zum anderen auch der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33 i GewO benannt. Nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV können die für die Erteilung einer Erlaubnis nach § 24 GlüStV zuständigen Behörden nach Ablauf des in Satz 2 bestimmten Zeitraums eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen des § 24 Abs. 2 sowie § 25 für einen angemessenen Zeitraum zulassen, wenn dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist; hierbei sind der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33 i Gewerbeordnung sowie die Ziele des § 1 zu berücksichtigen. Die Antragsgegnerin hat bei der Prüfung der wirtschaftlichen Lasten nicht fehlerhaft zugunsten des Beigeladenen dessen Bereitschaft zur Schließung von vier Spielhallenbetrieben im Rahmen eines Bemühens um einen gerechten Lastenausgleich berücksichtigt. Insofern weist die Antragstellerin zwar zu Recht darauf hin, dass sie im Stadtgebiet der Antragsgegnerin von Anfang an nur eine Spielhalle mit der gesetzlich zulässigen Anzahl von Spielgeräten betrieben hat. Allerdings macht es im Rahmen zu berücksichtigender Härten einen Unterschied, ob sich ein als Einzelkaufmann ausschließlich im Stadtgebiet geführtes Spielhallengewerbe schon vor der Auswahlentscheidung von insgesamt fünf Hallen auf eine Halle reduziert, wie im Fall des Beigeladenen, oder aber der Bestand einer von einer in mehreren Städten tätigen Gesellschaft geführten Spielhalle in Rede steht, wie im Fall der Antragstellerin. Dass die Antragstellerin eine dem Beigeladenen vergleichbare Last bei Schließung ihrer Spielhalle zu gewärtigen hätte, ist auch mit der Beschwerde nicht vorgetragen. In der Berücksichtigung derartiger Lasten liegt auch nicht eine Bevorzugung von ortsansässigen Unternehmern, wie die Antragstellerin vermutet, sondern die Vermeidung eines erwartbaren Existenzverlustes eines anderen Betreibers. Dessen ungeachtet hat die Antragsgegnerin ausweislich des Bescheides vom 27.11.2017 (dort Seite 5, zweiter Absatz) sowie des vorbereitenden Vermerks vom gleichen Tag ermessensfehlerfrei maßgeblich auf das Alter der dem Beigeladenen erteilten Erlaubnis nach § 33 i GewO abgestellt, ohne dass die Vertretbarkeit dieser Entscheidung im Beschwerdeverfahren substantiiert in Frage gestellt wird. Die Auswahl der älteren Spielhalle des Beigeladenen war hier zudem deshalb sachgerecht, weil die jüngere Spielhalle der Antragstellerin nachträglich unmittelbar an eine bestehende Spielhalle herangerückt ist und von der Antragstellerin erst zu einem Zeitpunkt übernommen sowie mit neuen Einbauten versehen worden ist, in dem nach einem Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz vom 6.4.2011 bereits mit der Einführung eines Mindestabstandserfordernisses zu rechnen war.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u. a. -, DVBl. 2017, 697 = juris, Rn. 122 ff., 196 ff., 203 ff.; OVG NRW, Beschluss vom 23.3.2018 - 4 B 84/18 -, NWVB1. 2018, 339 = juris, Rn. 14 ff.

Entgegen dem Beschwerdevorbringen ist der Antragstellerin im Hauptsacheverfahren auch keine Erlaubnis im Wege einer Härtefallentscheidung nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zu erteilen.

Mit dem unbestimmten Rechtsbegriff der unbilligen Härte sollen (nur) atypische, vom Gesetzgeber nicht ausreichend berücksichtigte, besonders gelagerte Fallkonstellationen, in denen die Anwendung der gesetzlichen Vorgaben zu einer nicht intendierten Härte führen würde, einer die widerstreitenden Interessen abwägenden Einzelfallentscheidung zugeführt werden können. Härten, die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Tatbestands bewusst in Kauf genommen hat und die dem Gesetzeszweck entsprechen, können keinen Härtefall begründen, weil sonst die vom Gesetzgeber beabsichtigte Folge - hier eine Verringerung von Anzahl und Dichte der Spielhallen - in der Regel nicht eintreten würde. Deshalb sind an die Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzung der „unbilligen Härte“ hohe Anforderungen zu stellen. Diese sind regelmäßig nicht bereits dann erfüllt, wenn mit der Schließung von Spielhallen wirtschaftliche Einbußen und sonstige Belastungen verbunden sind. Insbesondere können die Spielhallenbetreiber nicht die verlustfreie Abwicklung ihrer zu schließenden Spielhallen verlangen. Der Gesetzgeber wollte mit der fünfjährigen Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV die regelmäßig eintretenden wirtschaftlichen Nachteile bei den Betreibern von Spielhallen erfassen und diesen innerhalb der großzügig bemessenen Übergangsfrist einen schonenden Übergang zu den strengeren Regelungen des Staatsvertrags und die Entwicklung alternativer Geschäftsmodelle ermöglichen. Die Annahme einer unbilligen Härte muss daher auf wenige Ausnahmen in besonders atypischen Einzelfällen beschränkt bleiben.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 1.1.2019 – 4 B 1333/18 ZfWG 2019, 181 = juris, Rn.32f., m. w. N.

Ein solcher atypischer Einzelfall ist nicht ansatzweise ersichtlich. Während die fünfjährige Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV dem Interesse der Betreiber Rechnung tragen soll, eine Amortisierung der im Vertrauen auf den Fortbestand der Rechtslage in die Spielhalle getätigten Investitionen zu erreichen und dabei einen angemessenen Gewinn zu erwirtschaften, wobei dieser Investitionsschutz bei einem Betreiberwechsel nicht entfallen soll,

vgl. BVerwG, Urteil vom 5.4.2017 - 8 C 16.16 ZfWG 2017, 394 = juris, Rn. 48,

wirkt dieser dem Bestandsschutz dienende Zweck im Rahmen der Härtefallregelung nur insoweit und solange nach, wie dies erforderlich ist, um - im Einzelfall - unzumutbaren Belastungen Rechnung zu tragen, ohne aber die mit §§ 24 und 25 GlüStV verfolgten Allgemeinwohlinteressen auf Dauer hintanzustellen.

Vgl. Begründung zu § 29 GlüStV, abgedruckt etwa in Bay. LT-Drs. 16/11995, S.32, sowie in Nds. LT-Drs. 16/4795, S. 94.

Sofern bei Härtefallentscheidungen nach § 29 Abs. 4 Satz 4 Hs. 2 GlüStV der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33 i GewO sowie die Ziele des § 1 GlüStV zu berücksichtigen sind, wird dadurch gerade zum Ausdruck gebracht, dass die für atypische Einzelfälle vorgesehene Berücksichtigung grundrechtlich geschützter Positionen der Spielhallenbetreiber für einen angemessenen Zeitraum über die fünfjährige Übergangsfrist hinaus im Rahmen von Härtefallentscheidungen nur unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 GlüStV in Betracht kommt. Dies ändert nichts daran, dass eine Härte einen atypischen Einzelfall voraussetzt, in dem auf Grund des Vertrauens in die frühere Rechtslage für den Betrieb und somit auch für den jeweiligen Betreiber besondere unvermeidbare Belastungen gegeben sind, denen andere Betriebe von Bestandsspielhallen, die nach Ablauf von fünf Jahren geschlossen werden müssen, grundsätzlich nicht ausgesetzt sind. Die in dem Beschwerdevorbringen der Antragstellerin mittelbar zum Ausdruck gebrachte Vorstellung, ein Härtefall sei (schon) bei mit den Zielen des Glücksspielstaatsvertrags vereinbaren Bestandsspielhallen gegeben, die nach Ablauf der Übergangsfrist nach § 29 Abs. 4 Satz 2 gegen das Verbot von Mehrfachkonzessionen nach § 25 Abs. 1 und 2 GlüStV verstoßen, findet im Gesetz keinen Niederschlag. Im Gegenteil ging es dem Gesetzgeber maßgeblich darum, nach Ablauf der Übergangsfrist die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung sowie den Jugend- und Spielerschutz (§ 1 GlüStV) im Bereich der Spielhallen insbesondere durch das - nur noch in atypischen Einzelfällen ausnahmsweise mit Blick auf frühere Investitionen vereinzelt zu durchbrechende - Verbot von Mehrfachkonzessionen und die Regelung von Mindestabständen zu erreichen.

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

Er reagierte damit gerade auf das in der Vergangenheit gestiegene Angebot an Spielgeräten in Spielhallen.

In die Härtefallentscheidung ist einzubeziehen, dass auch wenn der Gesetzgeber Bestandsinteressen durch die Gewährung einer fünfjährigen Übergangsfrist nach § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV und die in Satz 4 vorgesehene Möglichkeit von Härtefallentscheidungen berücksichtigt hat, sich für die Betreiber von derartigen Bestandsspielhallen, die mit mindestens einer anderen Spielhalle in einem Konkurrenzverhältnis stehen, bis zu einer

Auswahlentscheidung nicht verlässlich absehen lässt, ob sie ihren Betrieb letztlich werden fortsetzen können oder aufgeben müssen. Hierauf konnten sie sich allenfalls durch geeignete Vertragsgestaltungen einstellen, die ihnen nach Möglichkeit sowohl die Option zum Weiterbetrieb als auch die alsbaldige Beendigung der Spielhallennutzung offen hielten. Auch um die nach einer negativen Auswahlentscheidung gegebenenfalls noch vorzunehmenden Abwicklungsmaßnahmen zu ermöglichen, hat der Gesetzgeber in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zur Vermeidung einer unbilligen Härte eine Befreiung von den Anforderungen des Verbots von Mehrfachkomplexen und den Abstandsgeboten für einen angemessenen Zeitraum ermöglicht. Dadurch können besondere persönliche und wirtschaftliche Umstände berücksichtigt werden, aus denen die Verpflichtung zu einer zu kurzfristigen Betriebsaufgabe - gerade auch mit Blick auf eine vergleichsweise spät getroffene behördliche Auswahlentscheidung - aus von der Berufsfreiheit (oder der Eigentumsfreiheit) geschützten Gründen unverhältnismäßig wäre.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 18.7.2018 - 4 B 179/18 NWVB1. 2018, 529 = juris, Rn.38f., m. w. N.

Diesen Gesichtspunkten hat bereits das Verwaltungsgericht ausreichend Rechnung getragen. Durchgreifende Anhaltspunkte dafür, dass entgegen der Einschätzung des Verwaltungsgerichts darüber hinaus ein atypischer Härtefall im Falle der Antragstellerin vorliegt, sind im Beschwerdeverfahren nicht dargelegt.

Eine Härte folgt nicht schon daraus, dass trotz einer wegen eines negativen Ausgangs des Eilverfahrens erforderlichen Schließung des Betriebes wirtschaftliche Nachteile entstehen, die sich im Fall des Obsiegens im Hauptsacheverfahren nicht gänzlich beheben lassen könnten. Diesem Risiko wird bereits durch die dem Hauptsacheverfahren angenäherte, vertiefte tatsächliche und rechtliche Prüfung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes Rechnung getragen. Darüber hinaus wäre eine Wiederaufnahme des Betriebs nach einem Erfolg im Hauptsacheverfahren auch nicht gänzlich ausgeschlossen oder von vornherein unwirtschaftlich. Zum einen könnte dann selbst nach einer bereits erfolgten Nutzungsänderung eine Baugenehmigung für eine Spielhallennutzung wieder erlangt werden. Zum anderen würde ein Erfolg im Hauptsacheverfahren voraussichtlich mit der Schließung der benachbarten Spielhalle des Beigeladenen einhergehen, so dass bei einer Wiedereröffnung damit zu rechnen wäre, auf der Basis seiner bisherigen Kundschaft ohne unmittelbare Konkurrenz vergleichsweise schnell einen neuen Kundenstamm aufbauen zu können.

Dass mit der Verweigerung der glücksspielrechtlichen Erlaubnis der Fortbestand der Spielhalle mit der Folge fehlender Einnahmen, der Kündigung von Mitarbeitern und dem Abwandern von Kundenströmen entfällt, stellt den Regelfall einer Erlaubnisversagung dar und vermag eine unbillige Härte nicht zu begründen.

Eine unbillige Härte ergibt sich für die Antragstellerin auch nicht aus der Gestaltung des am 2.8.2011 geschlossenen Mietvertrages für die Spielhalle, der eine Mietdauer vom 1.9.2011 bis zum 31.8.2021 vorsieht. Die Antragstellerin konnte im August 2011 nicht mehr davon ausgehen, dass die Rechtslage hinsichtlich der Zulässigkeit von Spielhallen unverändert fortbestehen werde. Schutzwürdiges Vertrauen bestand zu diesem Zeitpunkt nicht mehr, weil sich die Länder bereits im Rahmen der Ministerpräsidentenkonferenz am 6.4.2011, veröffentlicht in den Parlamentsdatenbanken ab Mitte April 2011,

vgl. für Nordrhein-Westfalen: LT-Vorlage 15/580,

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. 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.; OVG NRW, Beschluss vom 23.3.2018 – 4 B 84/18 -, NWVB1. 2018, 339 = juris, Rn. 14 ff.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass der Entwurf für einen Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag vom 6.4.2011 bis zum abschließenden Beschluss der Ministerpräsidenten noch partiell geändert wurde. Auch bei noch geänderten Entwürfen ist das Vertrauen auf den unveränderten Fortbestand einer Rechtslage erschüttert.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u. a. DVB1. 2017, 697 = juris, Rn. 205.

Darüber hinaus ist bislang weder substantiiert dargelegt noch nachgewiesen, dass die Vermieterin einer Aufhebung des Mietvertrages vom 2.8.2011 oder aber einer Nutzungsänderung (Ziffer 3 Satz 2 des Mietvertrages) nicht zustimmen würde. Dass die Antragstellerin vergeblich entsprechende Ansinnen an die Vermieterin gestellt haben könnte, ist schon nicht vorgetragen. Es ist auch nicht nachvollziehbar, dass die Vermieterin im Falle der Erlaubnisversagung eine anderweitige, Mieteinnahmen sichernde Nutzung der Räume untersagen würde, zumal sich der Mietvertrag auf einen Verkaufsraum bezog, der vor dem Einzug einer Spielothek anderweitig genutzt worden war und für den keine Anhaltspunkte

bestehen, dass naheliegende anderweitige Nutzungen baurechtlich nicht realisierbar sein könnten.

Gleiches gilt für den Einwand der Antragstellerin, sie habe durch den Betrieb der Spielhalle ihre für diese getätigten Aufwendungen noch nicht amortisieren können. Es fehlt, wie bereits die Antragsgegnerin in ihrem Bescheid vom 27.11.2017 ausgeführt hat, an jeglichem Vortrag der Antragstellerin, inwieweit sich die geltend gemachten Aufwendungen für die Einrichtung der Spielhalle von über 100.000,00 EUR während des seit November 2011 laufenden Betriebes mit dem entsprechenden Betriebsgewinn ausgeglichen haben könnten. Insofern reicht die von der Antragstellerin übersandte Kostenaufstellung für den Zeitraum von August 2017 bis Februar 2018 schon angesichts ihrer fehlenden Aussagekraft für den bis zur Bescheidung des Erlaubnisanspruchs abgelaufenen sechsjährigen Betrieb zu einer entsprechenden Beurteilung nicht aus. Darüber hinaus ist auch kein Anhalt dafür gegeben, innerhalb welchen Zeitraums über November 2017 hinaus eine Amortisierung der Kosten zu erlangen wäre. Insbesondere ist nicht dargelegt, ob und gegebenenfalls warum ein restlicher Ausgleich der Kosten nicht innerhalb des vom Verwaltungsgericht eingeräumten Zeitraums von (weiteren) vier Monaten nach rechtskräftiger Eilentscheidung möglich sein könnte.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 2, 162 Abs. 3 VwGO. Die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen werden nicht für erstattungsfähig erklärt, weil er keinen Antrag gestellt und sich damit keinem Kostenrisiko nach § 154 Abs. 3 VwGO ausgesetzt hat.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG. 50. Dieser Beschluss ist gemäß § 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i.V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG unanfechtbar.

[-]