

OVG Nordrhein-Westfalen – Beschluss vom 4. Dezember 2019 – 4 B 1037/18

Einräumung einer angemessenen Frist zur Einstellung des Spielhallenbetriebes bei Abstandskonkurrenz

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 4.12.2019 - 4 B 1037/18
(VG Gelsenkirchen, Beschl. v. 9.7.2018 - 19 L 798/18)

GlüStV § 24 Abs. 1, § 29 Abs. 4; AG GlüStV NRW § 16; GewO § 15 Abs. 2, § 33 i

1. Bei der nach Ablauf der Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV zu treffenden Auswahlentscheidung darf die Spielhalle den Zuschlag erhalten, deren Betreiber über die ältere Erlaubnis gemäß § 33 i GewO verfügt, wenn bei der Prüfung der vorrangigen verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Kriterien keine entscheidungserheblichen Unterschiede zwischen den zur Auswahl stehenden Spielhallen festgestellt worden sind (Bestätigung von OVG NRW, Beschluss vom 14.6.2019 - 4 B 1488/18 -).

2. Aus dem Umstand, dass die für Bestandsspielhallen geltende Übergangsvorschrift des § 29 Abs. 4 GlüStV spielhallen- und nicht betreiberbezogen ist, lassen sich keine Rückschlüsse auf die Beantwortung der Frage ziehen, welcher in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallenden Spielhalle im Rahmen der nach Ablauf der Übergangsfrist zu treffenden Auswahlentscheidung der Vorzug zu geben ist.

3. Bezogen auf eine bis 2017 auf der Grundlage von § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV rechtmäßig betriebene Spielhalle, für die wegen des Mindestabstandsgebots nach § 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW keine neue Erlaubnis erteilt worden ist, ist im Rahmen der nach § 15 Abs. 2 GewO zu treffenden Ermessensentscheidung zu berücksichtigen, dass dem Betreiber vor einer Schließung effektiver Rechtsschutz zur Überprüfung einer gegen ihn ergangenen Auswahlentscheidung und nach entsprechender Klärung eine zur ordnungsgemäßen Abwicklung des Betriebs erforderliche Frist zu gewähren ist (Weiterführung von OVG NRW, Beschluss vom 18.7.2018 – 4 B 179/18 -)

(Amtl. Ls.)

Aus den Gründen:

Die zulässige Beschwerde der Antragstellerin ist begründet. Die im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmende Abwägung zwischen dem privaten Interesse des Betroffenen, von der

sofortigen Vollziehung bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens verschont zu bleiben, und dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Durchsetzung der für notwendig erachteten Maßnahmen fällt zu Lasten der Antragsgegnerin aus.

Bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung erweist sich die allein streitgegenständliche Anordnung, mit der die Antragstellerin zur Schließung der Spielhalle in der H. Str. 260 in F. binnen eines Monats nach Zustellung der sofort vollziehbaren Ordnungsverfügung vom 22.3.2018 aufgefordert wurde, wegen einer den Erfordernissen des effektiven Rechtsschutzes nicht ausreichend Rechnung tragenden Fristsetzung als offensichtlich rechtswidrig.

Rechtsgrundlage für die Aufforderung zur Schließung der Spielhalle ist § 15 Abs. 2 GewO. Danach 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 diese Zulassung betrieben wird. Diese Vorschrift erlaubt auch, gegen Spielhallen vorzugehen, die ohne die nach §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW erforderliche Erlaubnis betrieben werden.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 18.7.2018 - 4 B 179/18 -, NWVB1. 2018, 529 = juris, Rn. 5 ff., und vom 1.1.2019 - 4 B 1333/18 - ZfWG 2019, 181 = juris, Rn. 5 ff.

Zwar liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 GewO vor. Der von der angegriffenen Anordnung betroffenen Spielhalle fehlte es nach dem Ablauf der auf sie anwendbaren Übergangsfrist § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV an einer Erlaubnis nach §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 AG GlüStV NRW. Die von der Antragstellerin gestellten Anträge auf Erteilung einer glückspielrechtlichen Erlaubnis hatte die Antragsgegnerin unter Nr. 1 und 2 der hier streitgegenständlichen Ordnungsverfügung wegen einer Unterschreitung des Mindestabstandsgebots nach § 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW und des Fehlens von Härtegründen nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV abgelehnt.

Die Entscheidung, die Antragstellerin zur Schließung der Spielhalle binnen eines Monats nach Zustellung der Ordnungsverfügung unter gleichzeitiger Anordnung der sofortigen Vollziehung aufzufordern, erweist sich jedoch als ermessensfehlerhaft. Denn bezogen auf eine bis 2017 auf der Grundlage von § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV rechtmäßig betriebene Spielhalle, für die wegen des Mindestabstandsgebots nach § 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW keine neue Erlaubnis erteilt worden ist, ist im Rahmen der nach § 15 Abs. 2 GewO zu treffenden Ermessensentscheidung zu berücksichtigen, dass dem Betreiber vor einer Schließung effektiver Rechtsschutz zur Überprüfung einer gegen ihn ergangenen Auswahlentscheidung und nach entsprechender Klärung eine zur ordnungsgemäßen Abwicklung des Betriebs erforderliche Frist zu gewähren ist.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 18.7.2018 - 4 B 179/18 -, NWVB1. 2018, 529 = juris, Rn.32 ff., 46.

Nach diesen Maßgaben erweist sich die streitgegenständliche Schließungsanordnung als ermessensfehlerhaft. Zwar ist der Antragstellerin nach summarischer Prüfung wegen Verstoßes gegen das Mindestabstandsgebot keine glücksspielrechtliche Erlaubnis zu erteilen, weil die zu Lasten der Antragstellerin ausgegangene Auswahlentscheidung nicht zu beanstanden ist (dazu unter 1.). Die Antragsgegnerin hat jedoch nicht hinreichend erwogen, dass der Antragstellerin nach Klärung der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung eine angemessene Frist zur Betriebseinstellung zu gewähren ist (dazu unter 2.).

1. Der Erteilung einer Erlaubnis für die Spielhalle der Antragstellerin steht das Abstandsgebot des § 25 Abs. 1 GlüStV i. V. m. § 16 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 AG GlüStV NRW entgegen. In einem Abstand von weniger als 350 Metern von der Spielhalle der Antragstellerin befindet sich u.a. die Spielhalle einer Konkurrentin, der am 22.3.2018 eine glücksspielrechtliche Erlaubnis erteilt worden ist. Umstände, die vorliegend eine Ausnahme vom Abstandsgebot rechtfertigen würden, sind nicht erkennbar. Insoweit wird auf die zutreffenden Erwägungen der Ordnungsverfügung vom 22.3.2019 (Abdruck, Seite 3, siebter Absatz) Bezug genommen.

Auf sich beruhen kann, ob der Erteilung einer Erlaubnis an die Antragstellerin im hier maßgeblichen Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung,

vgl. BVerwG, Urteile vom 2.2.1982 - 1 C 20.78 -, GewArch 1982, 200 = juris, Rn. 15, und vom 9.3.2005 - 6 C 11.04 -, GewArch 2005, 292 = juris, Rn. 15,

möglicherweise bereits die Bestandskraft der der Konkurrentin erteilten Erlaubnis entgegensteht. Die Ablehnung der Erteilung einer Erlaubnis in Nr. 1 und 2 der angefochtenen Ordnungsverfügung unter Verweis auf das Abstandsgebot erweist sich nämlich auch nach rechtlicher Überprüfung der getroffenen Auswahlentscheidung als rechtsfehlerfrei. Diese von der Behörde zu treffende Auswahlentscheidung ist eine Ermessensentscheidung, die nach Maßgabe des § 114 VwGO der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle (nur) daraufhin unterliegt, ob die Behörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (§ 40 VwVfG NRW).

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 1.10.2019 - 4 A 1826/19 -, juris, Rn. 43, und Beschluss vom 26.9.2019 - 4 B 255/18 -, juris, Rn. 23 f., m. w. N.

Die in die Auswahlentscheidung einzustellenden Kriterien (Auswahlparameter) lassen sich in Nordrhein-Westfalen in hinreichender Weise dem Gesetz entnehmen und werden durch die Behörde bindende Erlasse des Ministeriums für Inneres (und Kommunales) näher konturiert. Im Rahmen der Auswahl kann zunächst auf die Regelung zur Härtefallbefreiung nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zurückgegriffen werden. Die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber gebietet auch ohne ausdrückliche gesetzliche Präzisierung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht. Das gilt auch, sofern bei der erforderlichen Auswahlentscheidung zusätzlich Erlaubnisanträge neu in den Markt eintretender Bewerber einzubeziehen sind, wobei grundrechtsrelevante Positionen der Betreiber von Bestandsspielhallen zu berücksichtigen bleiben. Dazu zählt etwa die Amortisierbarkeit von Investitionen. Zudem ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV, dass bereits bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten Ziele des § 1 GlüStV zu beachten sind und bei Bestandsspielhallen überdies der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33 i GewO zu berücksichtigen ist. Diese gesetzlichen Vorgaben sind ergänzend durch über das Internet allgemein zugängliche Ministerialerlasse näher konturiert worden, die weitere Hinweise zu den heranzuziehenden Kriterien enthalten und der Ausübung des Ermessens durch die hieran gebundenen Behörden zusätzliche Grenzen setzen.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 1.10.2019 - 4 A 1826/19 -, juris, Rn. 45 f., sowie Beschlüsse vom 16.8.2019 - 4 B 659/18 -, juris, Rn. 55 f., und vom 14.6.2019 - 4 B 1488/18 -, ZfWG 2019, 383 = juris, Rn. 14 ff., jeweils m. w. N. und unter Hinweis auf BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u. a. -, BVerfGE 145, 20 = juris, Rn. 179 ff., 182 ff.

Die in der Auswahlentscheidung auch zu berücksichtigenden Ziele des § 1 GlüStV erfordern einen Vergleich der konkurrierenden Bewerber daraufhin, wer besser geeignet ist, die Ziele des Staatsvertrags zu erreichen. Solche Unterschiede können sich unter anderem aus Besonderheiten des Umfeldes des jeweiligen Standorts oder aus der Art der zu erwartenden Betriebsführung der einzelnen Betreiber ergeben.

Vgl. OVG NRW, Urteil vom 1.10.2019 – 4 A 1826/19 -, juris, Rn. 47 ff., und Beschluss vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 -, juris, Rn. 28 ff.

Für die Bewältigung der vielgestaltigen Auswahlkonstellationen anhand sachgerechter Kriterien bedarf es auch unter Berücksichtigung des Vorbehalts des Gesetzes keiner gesetzgeberischen Festlegung sämtlicher maßgeblichen Auswahlparameter.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 16.8.2019 - 4 B 659/18 -, juris, Rn. 48 ff., 57, m. w. N.

Diesen Maßgaben wird die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin gerecht. Die Antragstellerin hat zunächst hinsichtlich des Sozialkonzepts und der hieraus zu erkennenden Maßnahmen zur Bekämpfung der Spielsucht sowie zum Spieler- und Jugendschutz keine signifikanten Unterschiede zwischen der Antragstellerin und den konkurrierenden Spielhallen festgestellt, ohne dass die Vertretbarkeit dieser Annahme in Frage steht. Die Nähe zum an die Spielhalle der Antragstellerin angrenzenden Sportwettbüro hat die Antragsgegnerin wegen der unmittelbaren Häufung suchtanreizender Vergnügungsstätten als störend bewertet. Die Antragsgegnerin hat aber ihre Auswahl zudem wesentlich darauf gestützt, dass der Betreiber der ausgewählten Konkurrenzspielhalle über die ältere Erlaubnis gemäß § 33 i GewO verfügte. Auf die Nähe zum Sportwettbüro kam es hier letztlich nicht entscheidungserheblich an. Denn das Unterscheidungskriterium der älteren Erlaubnis ist sachgerecht und hier deshalb ausreichend, weil bei der Prüfung der angeführten vorrangigen verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Kriterien zu Gunsten der Antragstellerin keine entscheidungserheblichen Unterschiede zwischen ihr und der Konkurrenzspielhalle festgestellt worden oder nach dem Beschwerdevorbringen ersichtlich sind.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 14.6.2019 - 4 B 1488/18 -, ZfWG 2019, 383 = juris, Rn. 21 ff.

Auch die Anwendung dieses Kriteriums im Einzelfall ist hier rechtlich nicht zu beanstanden. Die Antragsgegnerin durfte darauf abstellen, dass der Antragstellerin erst am 1.5.2016 die Erlaubnis nach § 33 i GewO erteilt worden war, auch wenn dem früheren Betreiber des Standorts bereits zuvor eine Erlaubnis erteilt worden war. Dem steht nicht entgegen, dass nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, auf die die Antragstellerin verweist,

vgl. BVerwG, Urteil vom 5.4.2017 - 8 C 16.16 -, ZfWG 2017, 394 = juris, Rn. 42 ff.,

die fünfjährige Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV spielhallen- und nicht betreiberbezogen ist. Diese Rechtsprechung bezieht sich allein auf die Frage des Anwendungsbereichs der Übergangsvorschrift. Daraus lassen sich jedoch keine Rückschlüsse auf die Beantwortung der Frage ziehen, welcher in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallenden Spielhalle im Rahmen der nach Ablauf der Übergangsfrist zu treffenden Auswahlentscheidung der Vorzug zu geben ist. Die diesbezüglichen Erwägungen der Antragsgegnerin sind sachgerecht. Die Antragsgegnerin hat im Rahmen der zutreffenden Berücksichtigung der jeweils betroffenen grundrechtsrelevanten Positionen der Betreiber der konkurrierenden Bestandsspielhallen zu Recht angeführt, dass die Antragstellerin - im Gegensatz zu ihrer Wettbewerberin - die

Spielhalle zu einem Zeitpunkt übernommen hat, als die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages und des nordrhein-westfälischen Ausführungsgesetzes hierzu bereits in Kraft waren, so dass sie sich bei ihrer Investitionsentscheidung hierauf einstellen konnte. Nur der Antragstellerin und nicht ihrer Wettbewerberin stand es - unabhängig von ihrer jeweiligen Rechtsform - insbesondere frei, die sich aus der unklaren Rechtslage ergebenden Risiken bereits beim Erwerb der Spielhalle im Rahmen der Kaufpreisverhandlungen „einzupreisen“. Die Antragstellerin war bei der Erteilung der Erlaubnis nach § 33 i GewO im Mai 2016 auf die Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags und des Landesausführungsgesetzes durch die Antragsgegnerin ausdrücklich hingewiesen worden. Insoweit lag es auch in ihrem eigenen unternehmerischen Risiko, dass sie sich dennoch dazu entschieden hat, den Mietvertrag für die streitgegenständliche Spielhalle im Dezember 2016 bis 2021 zu verlängern.

2. Die Entscheidung der Antragsgegnerin erweist sich aber als ermessensfehlerhaft, weil sie der Antragstellerin für die Zeit nach Klärung der Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung zur Abwicklung ihres Betriebes keine angemessene Frist eingeräumt hat.

Die Frist zur Schließung der Spielhalle ist bereits am 29.4.2018 abgelaufen. Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin unter Anordnung der sofortigen Vollziehung der Verfügung aufgefordert, ihre Spielhalle binnen eines Monats nach der am 29.3.2018 erfolgten Zustellung der angefochtenen Verfügung zu schließen. Wegen der Anordnung der sofortigen Vollziehung und mangels Aussetzung der Vollziehung gemäß § 80 Abs. 4 Satz 1 VwGO oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO verblieb es trotz der eingelegten Rechtsmittel bei der gesetzten Frist. Dass das Verwaltungsgericht die Antragsgegnerin darum gebeten hatte, bis zu einer gerichtlichen Entscheidung von Vollstreckungsmaßnahmen abzusehen, ist insoweit unerheblich. Eine entsprechende Absprache betrifft nur das Verhältnis zwischen Verwaltung und Gericht.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 18.1.2018 - 4 A 1395/16 -, ZfWG 2018, 176 = juris, Rn. 8 f.

Bei einem Vorgehen gegen bisher zulässigerweise betriebene Spielhallen, die mit Blick auf das Mindestabstandsgebot nach § 16 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 AG GlüStV NRW Gegenstand einer behördlichen Auswahlentscheidung sind, besteht eine besondere Interessenlage, die, wie ausgeführt, bei der Ausübung des Ermessens nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO zu berücksichtigen ist. 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, lässt sich für die Betreiber von derartigen Bestandsspielhallen, die mit mindestens einer anderen Spielhalle in einem Konkurrenzverhältnis stehen, bis zu einer Auswahlentscheidung nicht verlässlich absehen, ob sie ihren Betrieb letztlich werden fortsetzen können oder aufgeben müssen. Das gilt auch für solche Be-

treiber, die einen Altbetrieb erst in Kenntnis der Neuregelung zu Mindestabständen übernommen haben. Auf die Unsicherheit, ob sie ihren Betrieb würden fortführen können, konnten sie sich allenfalls durch geeignete Vertragsgestaltungen einstellen, die ihnen nach Möglichkeit sowohl die Option zum Weiterbetrieb als auch die alsbaldige Beendigung der Spiehallennutzung offen hielten. Auch um die nach einer negativen Auswahlentscheidung ggf. 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 -, NWVBI. 2018, 529 = juris, Rn.38f.

Durch die Verbindung der Auswahlentscheidung mit der sofort vollziehbaren Schließungsanordnung sowie durch Setzung einer die Rechtsbehelfsfrist nicht unterschreitenden Frist zur Schließung hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin zwar zunächst Gelegenheit zur gerichtlichen Überprüfung der Auswahlentscheidung in einem Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gegeben.

Vgl. hierzu OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 - 4 B 255/18 -, juris, Rn. 71 f., m. w. N.

Zusätzlich hätte der Antragstellerin jedoch anschließend eine weitere Frist zur Abwicklung des Betriebs gesetzt werden müssen.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 18.7.2018 - 4 B 179/18 -, NWVBI. 2018, 529 = juris, Rn. 48.

Diesen Maßgaben genügt die angegriffene Schließungsanordnung nicht. Die Antragsgegnerin hat insoweit nicht berücksichtigt, dass Härtefallgesichtspunkte gebieten, der Antragstellerin - nach gerichtlicher Bestätigung der Auswahlentscheidung im Eilverfahren - durch Setzen einer angemessenen Frist genügend Raum für eine geregelte Betriebsaufgabe zu geben.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG.

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

[...]