

3 L 4398/16

B E S C H L U S S

In dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren

[REDACTED]
Antragstellerin,

Prozessbevollmächtigter:

[REDACTED]
g e g e n

die

[REDACTED]
Antragsgegnerin,

w e g e n Gewerberechts

hat die 3. Kammer des Verwaltungsgerichts Düsseldorf
am 22. Februar 2017
durch Richter am Verwaltungsgericht Wolber
als Einzelrichter

b e s c h l o s s e n :

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 5.000,- Euro festgesetzt.

G r ü n d e :

Der Antrag,

- 1. die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, der Antragstellerin die Auswahlkriterien für die**

Vergabe einer glückspielrechtlichen Erlaubnis nach dem Glückspieländerungsstaatsvertrag und dem Gesetz zur Ausführung des Glückspieländerungsstaatsvertrag für den Fall einer Abstandskollision nach § 16 Abs. 3 AG GlüStV NRW bekanntzugeben,

hilfsweise dazu,

den Antrag an die zuständige Vergabekammer zu verweisen,

- 2. die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, die Antragstellerin an allen glücksspielrechtlichen Verfahren in ihrem sachlichen und örtlichen Zuständigkeitsbereich zu beteiligten, hilfsweise jedenfalls an den Verfahren bezüglich der Spielhallen, die in einem Mindestabstandskonflikt zu der Spielhalle der Antragstellerin in [REDACTED] stehen,**
- 3. für den Fall, dass sich in diesem Prozess herausstellen sollte, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 07.06.2016 unter Fristsetzung zum 30.09.2016 zur Abgabe eines glücksspielrechtlichen Erlaubnisanspruches aufgefordert haben sollte, ohne dass zuvor die im Antrag zu Ziff. 1 herausverlangten Auswahlkriterien für den Fall einer Abstandskollision festgelegt waren, festzustellen, dass die Antragstellerin zur Fortsetzung des Betriebs der Spielhalle keiner glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach den §§ 24 GlüÄndStV und 16 AG GlüStV NRW bedarf,**

hat keinen Erfolg.

Dies gilt zunächst für den Antrag zu 1.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 der Verwaltungsgerichtsordnung – VwGO – sind einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Nach § 123 Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung sind dabei die tatsächlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs (Anordnungsanspruch) in gleicher Weise glaubhaft zu machen wie die Gründe, die die Eilbedürftigkeit der gerichtlichen Entscheidung bedingen (Anordnungsgrund).

Die von der Antragstellerin begehrte Verpflichtung der Antragsgegnerin zur Bekanntgabe von Auswahlkriterien würde eine Vorwegnahme der Hauptsache darstellen. Eine solche ist im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes nur ausnahmsweise dann möglich, wenn sie zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes notwendig ist, d.h. wenn wirksamer Rechtsschutz durch das Hauptsacheverfahren nicht erreicht werden könnte, die sonst zu erwartenden Nachteile für den jeweiligen Antragsteller schlechterdings unzumutbar wären

und ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg in der Hauptsache besteht. Diese Voraussetzungen sind nicht erfüllt.

Es ist schon nicht ersichtlich, woraus sich der von der Antragstellerin geltend gemachte Anspruch ergeben soll.

Nach geltender Rechtslage benötigt die Antragstellerin für den Betrieb ihrer Spielhalle gemäß § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW i. V. m. § 24 Abs. 1 GlüStV zusätzlich zu der gewerberechtlichen Erlaubnis nach § 33i GewO eine weitere – glücksspielrechtliche – Erlaubnis.

Hinsichtlich des in § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW i. V. m. § 24 Abs. 1 GlüStV normierten Erfordernisses einer weiteren – glücksspielrechtlichen – Erlaubnis für den Betrieb einer Spielhalle bestehen keine grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Bedenken

vgl. insoweit Beschluss der Kammer vom 15.12.2014 – 3 L 1231/14 -.

Die Regelung einer zusätzlichen glücksspielrechtlichen Erlaubnispflicht ist insbesondere materiell verfassungsgemäß. Sie greift als eine Berufsausübungsregelung in die Berufsfreiheit der Spielhallenbetreiber aus Art. 12 GG ein, ist jedoch verfassungsrechtlich durch jedenfalls vernünftige Gründe des Allgemeinwohls gerechtfertigt.

Vgl. OVG HH, Beschluss vom 24. Juni 2014, a. a. O., Rn. 12 ff.; Hessischer Verwaltungsgerichtshof (VGH HE), Beschluss vom 5. September 2014 - 8 B 1036/14 -, juris, Rn. 31 ff.

Die Neuordnung des Spielhallenrechts durch den GlüStV verfolgt das in § 1 S. 1 GlüStV näher konkretisierte Ziel, die Gefahren der Glücksspielsucht abzuwehren. Der zusätzliche Erlaubnisvorbehalt wahrt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Er ist geeignet, Gefahren der Glücksspielsucht abzuwehren, weil im Rahmen des Genehmigungsverfahrens überprüft werden kann, ob ein Spielhallenbetrieb mit den Zielen des GlüStV vereinbar ist. Durch die zusätzliche Erlaubnispflicht können die zuständigen Behörden auf die Anzahl der Spielhallenbetriebe zur Förderung der Spielsuchtprävention Einfluss nehmen.

Vgl. VerfGH BY, a. a. O., Rn. 104; OVG HH, Beschluss vom 24. Juni 2014, a. a. O., Rn. 18.

Der mit einer Übergangsfrist versehene glücksspielrechtliche Erlaubnisvorbehalt ist schließlich angemessen. Dies gilt auch, wenn er in Verbindung mit dem Verbot der Mehrfachkonzession und dem Abstandsgebot dazu führt, dass einzelne Spielhallenbetriebe nach dem Ablauf der Übergangsfrist in § 29 Abs. 4 S. 2 und 3 GlüStV mangels Vorliegens der Erlaubnisvoraussetzungen nicht weiterbetrieben werden dürfen.

Das Abstandsgebot ergibt sich aus der Vorschrift des § 16 Abs. 3 AG GlüStV NRW in Verbindung mit §§ 24 GlüStV. § 16 Abs. 3 AG GlüStV NRW hat folgenden Inhalt:

„Die Erteilung einer Erlaubnis für eine Spielhalle, die in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen steht, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht ist, ist ausgeschlossen (Verbot der Mehrfachkonzessionen); ein Mindestabstand von 350 Metern Luftlinie zu einer anderen Spielhalle soll nicht unterschritten werden. Die Spielhalle soll nicht in räumlicher Nähe zu öffentlichen Schulen und Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe betrieben werden; dabei soll regelmäßig der Mindestabstand nach Satz 1 zu Grunde gelegt werden. Die für die Erlaubnis zuständige Behörde darf unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalls von der Maßgabe zum Mindestabstand nach Satz 1, zweiter Halbsatz, und 2 abweichen. Bauplanungsrechtliche Anforderungen bleiben unberührt.“

Die Antragstellerin geht davon aus, dass die Antragsgegnerin nach Ablauf der Übergangsfrist Ende November 2017 im Hinblick auf das Abstandsgebot eine Auswahlentscheidung zwischen der Spielhalle der Antragstellerin und anderen Spielhallen, zu denen sie den erforderlichen Abstand nicht einhält, zu treffen, und hierfür ein Auswahlverfahren durchzuführen hat, deren Auswahlkriterien sie bisher nicht bekannt gegeben hat. Dem ist nicht zu folgen.

§ 16 Abs. 3 AG GlüStV NRW ist eine rein objektiv rechtliche gestaltete Vorschrift. Sie beinhaltet Anforderungen, die bei der Erteilung einer Spielhallenerlaubnis vorzuliegen haben. Sie ermächtigt die zuständige Gewerbeaufsicht aber nicht zur Durchführung eines Auswahlverfahrens für die Erteilung einer Spielhallenerlaubnis zwischen im Hinblick auf das Abstandsgebot konkurrierenden Gewerbetreibenden. Ohne eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung ist aber die Antragsgegnerin zur Durchführung eines entsprechenden Auswahlverfahrens nicht befugt. Insoweit dürfte die Einschätzung der Antragstellerin zutreffen, dass im Hinblick auf die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit der Spielhallenbetreiber und dem Gebot, dass die für die Grundrechte wesentlichen Entscheidungen dem Gesetzgeber überantwortet sind, ein Auswahlverfahren hier einer gesetzlichen Regelung bedürfte. Dies ändert aber nichts an dem Umstand, dass die Antragsgegnerin eine solche Befugnis zur Durchführung eines solchen Auswahlverfahrens nicht für sich reklamiert und folglich auch nicht durchzuführen beabsichtigt.

Daran vermag auch der Hinweis der Antragstellerin auf die Vorschrift des § 97 Abs. 6 GWB nichts zu ändern. § 97 GWB betrifft die Grundsätze der Vergabe bei öffentlichen Aufträgen und Konzessionen. Bei der glückspielrechtlichen Erlaubnis nach den §§ 24 GlüÄndStV und 16 AG GlüStV NRW handelt es sich aber nicht um einen öffentlichen Auftrag. Auch stellt die glückspielrechtliche Erlaubnis keine Konzession im Sinne des GWB dar. Darunter fallen nämlich nach § 105 Abs. 1 GWB nur entgeltliche Verträge.

Im Hinblick hierauf besteht auch eine Zuständigkeit der Vergabekammern nach § 156 GWB für den vorliegenden Rechtsstreit nicht.

Unbenommen bleibt allerdings die Möglichkeit der Antragsgegnerin zu einem ordnungsbehördlichen Einschreiten zur Durchsetzung der Anforderungen des Glücksspielstaatsvertrages und des Ausführungsgesetzes, also auch des § 16 Abs. 3 AG GlüStV NRW. Ordnungsbehördliches Einschreiten ist zwar vielfach von einem Ermessen der zuständigen Behörde geprägt. Ein allgemeiner Anspruch der Ordnungspflichtigen gegenüber der Ordnungsbehörde, vorab über die jeweiligen Ermessenskriterien informiert zu werden, besteht dagegen nicht.

Unabhängig davon sind diese aber ohnehin im dem den Beteiligten bekannten Erlass des Ministeriums für Inneres und Kommunales NRW vom 10.05.2016 im Wesentlichen aufgeführt. Die Ziff. 3.2 behandelt dabei die Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 AG GlüStV im Hinblick auf den Mindestabstand. Soweit die Antragstellerin auch diesbezüglich beanstandet, dass der Erlass ebenfalls keine Auswahlkriterien für den Fall enthalte, dass ein Konflikt zwischen mehreren Spielhallen bezüglich des Mindestabstandes bestehe, liegt dies eben daran, dass das Gesetz eine solche Auswahlentscheidung nicht vorsieht.

Der Antrag zu 2. hat ebenfalls keinen Erfolg. Auch insoweit ist schon nicht ersichtlich, woraus sich der geltend Anspruch der Antragstellerin ergeben könnte. Die Antragstellerin verkennt auch hier, dass die Antragsgegnerin kein Auswahlverfahren - an welchem an die Antragstellerin selbstverständlich zu beteiligen wäre - durchführt, sondern allein ordnungsbehördliche Maßnahmen hier im Raume stehen. Die Voraussetzungen der Beteiligung sind in § 13 Abs. 2 VwVfG NRW geregelt. Dass die Antragstellerin danach an allen glücksspielrechtlichen Verfahren im Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin oder jedenfalls an solchen, die Spielhallen betreffen, die in einem Mindestabstandskonflikt zur Spielhalle der Antragstellerin stehen, zu beteiligen ist, ist nicht ersichtlich. Ebenso hat die Antragstellerin auch nicht glaubhaft gemacht, dass sie in Fällen, in denen sie nach § 13 Abs. 2 VwVfG NRW zu beteiligen wäre, befürchten muss, von der Antragsgegnerin nicht beteiligt zu werden.

Schließlich hat auch der Antrag zu 3. keinen Erfolg.

Das Gericht lässt dahinstehen, inwieweit der von der Antragstellerin als Bedingung ihres Antrages genannte Fall in prozessrechtlicher Hinsicht überhaupt zulässiger Weise gestellt werden kann. Jedenfalls vermag das Gericht nicht festzustellen, dass die für die Stellung des Antrages benannte Bedingung eingetreten ist. Mangels Eintritt der Bedingung war über den Antrag nicht inhaltlich zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 52 Abs. 2, 53 Abs. 2 Nr. 2 GKG und berücksichtigt, dass die Antragstellerin eine Vorwegnahme der Hauptsache erstrebt.

Rechtsmittelbelehrung:

- (1) Gegen die Entscheidung über den Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz kann innerhalb von zwei Wochen nach Bekanntgabe bei dem Verwaltungsgericht Düsseldorf (Bastionstraße 39, 40213 Düsseldorf oder Postfach 20 08 60, 40105 Düsseldorf) schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der Verordnung über

den elektronischen Rechtsverkehr bei den Verwaltungsgerichten und den Finanzgerichten im Lande Nordrhein-Westfalen (Elektronische Rechtsverkehrsverordnung Verwaltungs- und Finanzgerichte – ERVVO VG/FG) vom 7. November 2012 (GV. NRW S. 548) Beschwerde eingelegt werden, über die das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster entscheidet. Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bei dem Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster oder Postfach 6309, 48033 Münster) eingeht.

Die Beschwerde ist innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Entscheidung zu begründen. Die Begründung ist, sofern sie nicht bereits mit der Beschwerde vorgelegt worden ist, bei dem Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen (Aegidiikirchplatz 5, 48143 Münster oder Postfach 6309, 48033 Münster) schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der ERVVO VG/FG einzureichen. Sie muss einen bestimmten Antrag enthalten, die Gründe darlegen, aus denen die Entscheidung abzuändern oder aufzuheben ist, und sich mit der angefochtenen Entscheidung auseinander setzen. Das Oberverwaltungsgericht prüft nur die dargelegten Gründe.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründungsschrift sind durch einen Bevollmächtigten einzureichen. Als Bevollmächtigte sind nur die in § 67 Absatz 2 Satz 1 und Satz 2 Nr. 3 bis 7 VwGO bezeichneten Personen und Organisationen sowie diesen gleichgestellte Personen zugelassen. Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse können sich durch eigene Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt oder durch Beschäftigte mit Befähigung zum Richteramt anderer Behörden oder juristischer Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vertreten lassen. Ein Beteiligter, der nach Maßgabe von § 67 Abs. 4 Satz 3 und 7 VwGO zur Vertretung berechtigt ist, kann sich selbst vertreten.

Die Beschwerdeschrift und die Beschwerdebegründungsschrift sollen möglichst dreifach eingereicht werden. Im Fall der elektronischen Einreichung nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bedarf es keiner Abschriften.

- (2) Gegen die Streitwertfestsetzung kann schriftlich, in elektronischer Form nach Maßgabe der ERVVO VG/FG oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle bei dem Verwaltungsgericht Düsseldorf (Bastionstraße 39, 40213 Düsseldorf oder Postfach 20 08 60, 40105 Düsseldorf) Beschwerde eingelegt werden, über die das Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster entscheidet, falls ihr nicht abgeholfen wird.

Anträge und Erklärungen können ohne Mitwirkung eines Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form nach Maßgabe der ERVVO VG/FG eingereicht oder zu Protokoll der Geschäftsstelle abgegeben werden; § 129a der Zivilprozessordnung gilt entsprechend.

Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn sie innerhalb von sechs Monaten eingelegt wird, nachdem die Entscheidung in der Hauptsache Rechtskraft erlangt oder das Verfahren sich anderweitig erledigt hat; ist der Streitwert später als einen Monat vor Ablauf dieser Frist festgesetzt worden, so kann sie noch innerhalb eines Monats nach Zustellung oder formloser Mitteilung des Festsetzungsbeschlusses eingelegt werden.

Die Beschwerde ist nicht gegeben, wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 200,00 Euro nicht übersteigt.

Die Beschwerdeschrift soll möglichst dreifach eingereicht werden. Im Fall der elektronischen Einreichung nach Maßgabe der ERVVO VG/FG bedarf es keiner Abschriften.

War der Beschwerdeführer ohne sein Verschulden verhindert, die Frist einzuhalten, ist ihm auf Antrag von dem Gericht, das über die Beschwerde zu entscheiden hat, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, wenn er die Beschwerde binnen zwei Wochen nach der Beseitigung des Hindernisses einlegt und die Tatsachen, welche die Wiedereinsetzung begründen, glaubhaft macht. Nach Ablauf eines Jahres, von dem Ende der versäumten Frist an gerechnet, kann die Wiedereinsetzung nicht mehr beantragt werden.

Wolber



Beglaubigt
Harder
Verwaltungsgerichtsbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

