

VG Oldenburg, Urteil vom 16. Mai 2017, Az. 7 A 14/17

Tatbestand

1

Die Klägerinnen betreiben in dem Gebäudekomplex ... in Delmenhorst drei miteinander verbundene Spielhallen. Die Fa. ... GmbH (Klägerin des Verfahrens 7 A 22/17) unterhält in dem auf der gegenüberliegenden Seite befindlichen Gebäude ... ebenfalls eine Spielhalle, die Beigeladene in dem benachbarten Gebäude Der Abstand der Spielhallen voneinander beträgt stets unter 100 m.

2

Die Klägerinnen und die Beigeladene beantragten bei der Beklagten jeweils die Erteilung einer Erlaubnis nach § 24 GlüStV für den Weiterbetrieb ihrer Spielhallen ab dem 1. Juli 2017. Ferner stellten sie Anträge auf Befreiung von den Anforderungen des § 25 GlüStV.

3

Die Klägerinnen machten insoweit im Wesentlichen geltend: Der Spielhallenstandort bestehe seit 1974. Der Mietvertrag sei 1994 geschlossen worden. In den letzten 10 Jahren sei in den Spielhallenkomplex ein Betrag von über 300.000 € investiert worden. Diese Ausgaben würden über 15 Jahre abgeschrieben. Zudem ergebe eine Wirtschaftlichkeitsberechnung, dass wegen des Wegfalls der Synergieeffekte bei Betrieb lediglich einer Spielhalle kein Gewinn mehr zu erwarten sei. Die Muttergesellschaft, die ... GmbH, würde daher einen wirtschaftlichen Schaden erleiden. Zudem würden acht Mitarbeiter ihren Arbeitsplatz verlieren. Es sei letztlich die Insolvenz des Unternehmens zu befürchten. Es sei auch zu berücksichtigen, dass sie als Spielhallenbetreiberin in jeder Hinsicht zuverlässig sei. Ihr Sozialkonzept weise insbesondere in Bezug auf den Spielerschutz sehr hohe Standards auf. In diesem Zusammenhang sei eine TÜV-Zertifizierung erfolgt.

4

Am 2. Juni 2016 wurde unter notarieller Aufsicht ein Losentscheid durchgeführt. Das Los fiel hierbei auf die Beigeladene.

5

Dieser wurde daraufhin mit Bescheid vom 30. September 2016 eine bis zum 30. Juni 2021 befristete glücksspielrechtliche Erlaubnis erteilt. Zudem wurden mit Bescheiden vom 4. Oktober 2016 die Anträge der Klägerinnen auf Erteilung von Erlaubnissen zum

Weiterbetrieb der Spielhallen ab dem 1. Juli 2017 sowie Befreiungsanträge abgelehnt. Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt worden: Die bisherigen Erlaubnisse nach § 33i GewO würden zum 30. Juni 2017 auslaufen. Nach § 24 Abs. 1 GlüStV sei die Erteilung einer neuen glücksspielrechtlichen Erlaubnis erforderlich. Gem. § 25 Abs. 1 GlüStV müsse zwischen den Spielhallen ein Mindestabstand von 100 m eingehalten werden. Gemäß Abs. 2 der Bestimmung dürften Spielhallen auch nicht in einem baulichen Verbund liegen. Die Spielhallen der Klägerinnen lägen in einem solchen baulichen Verbund. Die Spielhallen der Fa. ... sowie der Beigeladenen befänden sich in einem Abstand von unter 100 m. Da alle Betreiber die gesetzlichen Vorgaben erfüllten, sei eine Auswahlentscheidung zu treffen. Sachkriterien, die den Vorrang eines der Bewerber begründen würden, seien nicht festzustellen. Die persönliche Zuverlässigkeit sei ohnehin Voraussetzung für die Erteilung der Erlaubnis. Der Zeitpunkt der Erteilung der gewerberechtlichen Erlaubnis führe auch nicht zu Unterschieden. Der Betreiber mit einer älteren Erlaubnis sei im Hinblick auf sein Vertrauen schutzbedürftiger. Bei Betreibern mit einer jüngeren Erlaubnis könnten sich dagegen die Investitionen noch nicht amortisiert haben. Eine Priorisierung sei mithin nicht möglich. Zudem würden alle drei Spielhallenstandorte bereits seit Anfang der achtziger Jahre betrieben. Eine Unterscheidung nach der Größe der Halle bzw. der Anzahl der Geldspielgeräte sei ebenfalls nicht möglich, weil jeder Betreiber berechtigt sei, bis zu 12 Geldspielgeräte in einer Spielhalle aufzustellen. Der Abstand zu Einrichtungen, die überwiegend von Kindern und Jugendlichen besucht würden, sei bereits Gegenstand der Prüfung nach § 33i Abs. 2 Nr. 3 GewO. Im Übrigen seien im NGLüSpG keine Abstandsregelungen betreffend solchen Einrichtungen vorgesehen. Die Sozialkonzepte seien ebenfalls Genehmigungsvoraussetzung und könnten nicht weiter gewichtet werden. Da somit keine sachlichen Unterscheidungskriterien festzustellen seien, sei der Losentscheid als letztes Mittel gewählt worden. Es liege auch kein Härtefall vor. Er könnten keine atypischen Konstellationen angenommen werden. Es sei seit 2012 bekannt, dass Spielhallen ab 1. Juli 2017 einschränkenden Genehmigungsvoraussetzungen unterlägen. Gerade seither seien aber besonders intensiv Investitionen getätigt worden. Ein Vertrauensschutz bestehe insoweit mithin nicht. Die Möglichkeit einer Verlagerung der Spielhalle an einen anderen Standort sei nicht angedacht worden. Es seien auch keine Maßnahmen zur zulässigen gewerberechtlichen Umnutzung der Räumlichkeiten oder zum Austritt aus dem Mietverhältnis oder andere Bemühungen innerhalb der 5-jährigen Übergangszeit aufgezeigt worden. Eine Vielzahl von Einrichtungsgegenständen könne an neuen Standorten weiterverwendet werden. Auch die Verlagerung einer Spielhalle an einen anderen Standort sei nicht erwogen worden.

6

Am 17. und 24. Oktober 2016 haben die Klägerinnen die Klagen erhoben.

7

Zur Begründung wird im Wesentlichen vorgetragen: Die Ablehnung der glücksspielrechtlichen Erlaubnis sei schon deshalb rechtswidrig, weil die Entscheidung über die Erteilung der Erlaubnis nicht durch einen Losentscheid hätte getroffen werden dürfen. In Kollisionsfällen sei vielmehr eine Auswahlentscheidung vorzunehmen. Diese müsse sich an den in § 1 GlüStV niedergelegten Zielen orientieren. Zudem sei § 29 Abs. 4 GlüStV zu entnehmen, dass Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes und auch wirtschaftliche Erwägungen einzubeziehen seien. Die glücksspielrechtliche Erlaubnis sei wegen des Erfordernisses der Zuverlässigkeit und im Hinblick auf die Härtefallregelung nicht lediglich objekt- sondern auch personenbezogen. Bei der Entscheidung über eine Befreiung sei nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zudem auch der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis zu berücksichtigen. Letztlich vermeide die Beklagte - ausgehend von Weisungen des Nds. Wirtschaftsministeriums - schon im Ansatz eine Auswahl anhand sachlicher Kriterien. In Nordrhein-Westfalen und in Baden-Württemberg werde von den Behörden ein Losverfahren nicht durchgeführt. Es sei darauf hinzuweisen, dass die niedersächsischen Glücksspielbehörden offenbar aufgrund der Vollzugsempfehlungen des zuständigen Ministeriums in praktisch allen Fällen von dem Fehlen von Auswahlkriterien ausgingen. Die Bescheide auch verschiedener Behörden entsprächen sich bis in den Wortlaut. Die gewählten Kriterien seien so formuliert worden, dass eine Differenzierung von vornherein ausgeschlossen sei. Tatsächlich ließen sich diesen aber Unterscheidungsmerkmale entnehmen. Es sei beispielsweise möglich, unterhalb der Schwelle der gewerblichen Unzuverlässigkeit Abstufungen nach dem Grad der Sorgfalt, mit der ein Unternehmer sein Gewerbe sowohl generell als auch an dem konkreten Standort ausübe, vorzunehmen. So könne etwa ein Führungszeugnis und ein Auszug aus dem Gewerbezentralregister eingeholt, Berichte über die regelmäßig stattfindenden Kontrollen der Spielhallen ausgewertet und Stellungnahmen anderer Behörden, wie den Polizeidienststellen und den Jugendämtern, eingeholt werden. Es leuchte nicht ein, dass etwa ein erst seit wenigen Jahren ansässiger Unternehmer, bei dem mehrere Einträge im Gewerbezentralregister vorlägen, aufgrund des Losglücks Vorzug vor dem Betreiber erhalten solle, der seine Spielhalle schon seit vielen Jahren einwandfrei führe und damit besonders geeignet sei. Dementsprechend könne demjenigen, der eine Spielhalle schon über viele Jahre einwandfrei führe, der Vorzug vor einem erst sehr viel später eröffneten Betrieb gegeben werden, selbst wenn sich dessen Investitionen noch nicht amortisiert hätten. Mindestens müsse jedoch in jedem Einzelfall geprüft werden, ob die lange Existenz eines Betriebes oder die größere wirtschaftliche Betroffenheit eines anderen Betriebes einen Vorzug rechtfertige. Außerdem sei bei Spielhallen desselben oder wirtschaftlich verbundener Betreiber die Bevorzugung größerer Spielhallen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit geboten. Auch die örtliche Lage der Spielhalle, etwa eine größere oder geringere Nähe zu Jugendeinrichtungen, sei ein sachgerechtes Kriterium zur Unterscheidung. Auch die Art und Weise, wie ein Betrieb den Jugend- und Spielerschutz gewährleiste, könne eine Differenzierung rechtfertigen. So sei etwa eine Auswertung der Sozialkonzepte, die Feststellung, ob eine Spielstätte vom TÜV zertifiziert sei oder der Betrieb mit Einrichtungen der

Suchtbekämpfung zusammenarbeite, möglich. Die Beklagte habe eine Prüfung dieser Unterscheidungskriterien nicht vorgenommen, sondern sich einer Einzelfallprüfung von vornherein verweigert. Dass die Auswahlentscheidungen offenbar ausnahmslos durch Losentscheid getroffen würden, sei mit ihren Rechten aus Art. 12 und 14 GG nicht vereinbar. In Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG müsse ein chancengleicher Zugang gewährt werden, bei dem auch sachliche Auswahlkriterien eine Rolle spielen müssten. Eine Auswahl nach dem Zufallsprinzip sei nur dann zulässig, wenn eine erkennbare Unterscheidung nach Sachkriterien nicht mehr möglich sei. Eine andere Handhabung sei willkürlich. Auch das Bundesverfassungsgericht verlange eine Auswahl nach Sachkriterien. Bei der Entscheidung über die Befreiung habe die Beklagte unberücksichtigt gelassen, dass alternative Standorte jedenfalls für die Vielzahl der betroffenen Spielhallen kaum zu finden seien.

8

Die Klägerinnen beantragen in den Verfahren 7 A 14/17 , 7 A 15/17 und 7 A 16/17,

9

die Bescheide der Beklagten vom 4. Oktober 2016 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, über ihre Anträge auf Erteilung von glückspielrechtlichen Erlaubnissen zum Betrieb von Spielhallen auf dem Grundstück ... in Delmenhorst erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden.

10

Im Verfahren 7 A 17/17 beantragt die Klägerin,

11

die der Beigeladenen mit Bescheid der Beklagten vom 30. September 2016 erteilte glücksspielrechtliche Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle auf dem Grundstück ... in Delmenhorst aufzuheben.

12

Die Beklagte beantragt,

13

die Klagen abzuweisen.

14

Sie erwidert im Wesentlichen: Es gebe auch andere Bundesländer, wie etwa Berlin, die ein Losverfahren vorgesehen hätten. Das Bundesverwaltungsgericht habe diesbezüglich keine verfassungsrechtlichen Bedenken geäußert. Das Losverfahren solle in Niedersachsen noch gesetzlich geregelt werden.

15

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf die Gerichtsakten und die beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten Bezug genommen; sie sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe

16

Die Klagen sind unbegründet. Die Erteilung der glücksspielrechtlichen Erlaubnis an die Beigeladene verletzt die Klägerinnen nicht rechtswidrig in ihren Rechten; die Klägerinnen haben keinen Anspruch auf Neubescheidung ihrer Erlaubnisanträge (§ 113 Abs. 1 und 5 VwGO).

17

Nach § 24 Abs. 1 GlüStV bedürfen die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle unbeschadet sonstiger Genehmigungserfordernisse ab dem 1. Juli 2017 einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis. Die den Klägerinnen bisher erteilten Erlaubnisse nach § 33i GewO führen lediglich dazu, dass die Spielhalle bis zu diesem Zeitpunkt als mit den §§ 24 und 25 GlüStV vereinbar gilt (§ 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV). Verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen bestehen auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nicht (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. März 2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. - juris, Rn. 188 ff.; BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2016 - 8 C 6.15 - juris, Rn. 63 ff.)

18

Nach § 25 Abs. 1 GlüStV ist zwischen Spielhallen ein Mindestabstand einzuhalten. Gem. § 10 Abs. 2 Satz 1 und 2 NGlüSpG muss dieser in der Luftlinie mindestens 100 m betragen. In § 25 Abs. 2 GlüStV ist zudem 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, ausgeschlossen. Wegen der Verfassungsgemäßheit dieser Regelungen wird ebenfalls auf die angeführten

Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (a.a.O., Rn. 126 ff.) und des Bundesverwaltungsgerichts (a.a.O. Rn. 34 ff.) verwiesen.

19

Die Spielhallen der Klägerinnen 7 A 14/17 https://www.juris.de/jportal/portal/t/1ae4/page/jurisw.psml?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=MWRE170006101&doc.part=K&doc.price=0.0 - focuspoint bis 16/17 befinden sich in einem Gebäudekomplex; alle hier in Rede stehenden Spielhallen in der ... in Delmenhorst sind zudem jeweils nicht mehr als 100 m voneinander entfernt. Es war daher nicht möglich mehr als eine der betroffenen fünf Spielhallen zuzulassen. Von der Beklagten war mithin eine Auswahlentscheidung zu treffen.

20

Diese Auswahlentscheidung kann nur in den Verfahren der Klägerin der Verfahren 7 A 16/17 und 7 A 17/17 gerichtlich überprüft werden. Diese ist nämlich nur dann mit Erfolg angreifbar, wenn eine rechtzeitige Drittanfechtungsklage gegen die erteilte Erlaubnis erhoben worden ist. Anderenfalls stünde die Wirksamkeit und ggf. Bestandskraft der Erlaubnis des Konkurrenten der Zulassung eines weiteren Bewerbers im Abstandsbereich des § 10 Abs. 2 Satz 1 NGLüSpG der Erteilung einer Erlaubnis für eine weitere Spielhalle von vornherein entgegen (vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 15. April 2014 - 7 ME 121/13 - juris, Rn. 58). In Bezug auf die Klägerinnen der Verfahren 7 A 14/17 und 7 A 15/17 ist eine solche Anfechtung nicht erfolgt. Die Klage 7 A 17/17 wirkt nur für die Klägerin dieses Verfahrens. Denn die Bindung an einen behördlichen Bescheid besteht relativ zwischen den jeweils Beteiligten; derjenige, der diesen nicht angreift, muss dessen Wirksamkeit und ggf. Bestandskraft gegen sich gelten lassen; eine erfolgreiche Klage eines anderen stellt sich als bloßer Rechtsreflex dar (vgl. BVerwG, Beschluss vom 4. Juli 2012 - 9 VR 6.12 - juris, Rn. 10).

21

Dass die Auswahl hier durch Losentscheid getroffen worden ist, verletzt die insoweit mithin allein in den Blick zu nehmende Klägerin der Verfahren 7 A 16/17 und 7 A 17/17 nicht in ihren Rechten.

22

Zum Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis an die Beigeladene bestand für Kollisionsfälle keine gesetzliche Regelung. Da Art. 1 Nr. 2b und Art. 2 Satz 2 eines Entwurfs vom 3. Mai 2017 zur Änderung des NGLüSpG (vgl. LT-Drs. 17/7942), welche dem Losverfahren rückwirkend eine gesetzliche Grundlage geben sollen (zur grundsätzlichen

Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung des Losverfahrens, vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2016 a.a.O., Rn. 55), noch nicht vom Niedersächsischen Landtag verabschiedet worden sind, können diese hier keine Berücksichtigung finden.

23

Eine gesetzliche Regelung ist aber auch nicht notwendig. Es besteht keine aus der sog. Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgenden Pflicht des Gesetzgebers, detaillierte Vorgaben in das Gesetz aufzunehmen, um eine nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV auftretende Konkurrenzsituation zwischen mehreren Betreibern von Spielhallen, die den Abstandsanforderungen des § 25 GlüStV nur genügen, wenn die Spielhallen der jeweils anderen Bewerber nicht weiterbetrieben werden würden, zu regeln. Es ergibt sich vielmehr in einem solchen Fall ohne weiteres aus Art. 12 und 3 GG, dass die Verwaltungsbehörden eine Auswahlentscheidung nach sachlichen Gesichtspunkten zu treffen haben (vgl. etwa § 70 Abs. 3 GewO). Welche Kriterien die zuständige Behörde hierbei anwendet und wie sie diese allgemein und im konkreten Einzelfall gewichtet, steht grundsätzlich in ihrem gerichtlich nur beschränkt nachprüfaren Ermessen (vgl. zu § 70 Abs. 3 GewO: BVerwG, Beschluss vom 24. Juni 2011 - 8 B 31.11 - juris, Rn. 5; Beschluss vom 4. Oktober 2005 - 6 B 63.05 - juris, Rn. 5; OVG Lüneburg, Urteil vom 16. Mai 2012 - 7 LB 52/11 - juris, Rn. 21; Beschluss vom 5. September 2014 - 7 LA 75/13 - juris, Rn. 13). Es sind hierbei etwa die in § 1 geregelten Ziele des GlüStV, sowie Härtefallgesichtspunkte, wie sie der Befreiungsregelung in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zu Grunde liegen, in die jeweiligen Erwägungen mit einzubeziehen (vgl. BayVerfGH Entscheidung vom 28. Juni 2013 - Vf. 10-VII-12 u.a. - juris, Rn. 89; StGH BW, Urteil vom 17. Juni 2014 - 1 VB 15/13 - juris, Rn. 357 f.; OVG Lüneburg, Beschluss vom 15. April 2014 a.a.O., Rn. 58; OVG Berlin, Beschluss vom 11. Juni 2015 - OVG 1 B 5.13 - juris, Rn. 183).

24

Das Bundesverfassungsgericht hat dementsprechend in dem Beschluss vom 7. März 2017 (a.a.O., Rn. 183 ff.) hierzu ausgeführt:

25

„Das Fehlen von Kriterien für die bei der Entscheidung über die Wiedererteilung nach Ablauf der Übergangsfrist erloschener Erlaubnisse zu treffende Auswahl zwischen bestehenden Spielhallen mit Altgenehmigungen, die zueinander den Mindestabstand von 500 Metern nicht einhalten, im Saarländischen Spielhallengesetz verstößt nicht gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Zwar ist der Entzug der Gewerbeerlaubnis wegen des drohenden völligen oder teilweisen Verlusts der beruflichen

Betätigungsmöglichkeit von erheblichem Gewicht. Allerdings ist die Belastung des Eingriffs in die Berufsfreiheit in zweifacher Weise durch die Regelung im Saarländischen Spielhallengesetz abgemildert, und zwar durch die fünfjährige Übergangsfrist und die Möglichkeit einer Härtefallbefreiung bei der Entscheidung über die Wiedererteilung nach Fristablauf (vgl. § 12 Abs. 2 Satz 1 SSpiehlhG; BayVerfGH, Entscheidung vom 28. Juni 2013 - Vf. 10-VII- 12 u.a. -, NVwZ 2014, S. 141 <143>; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 15. April 2014 - 7 ME 121/13 -, juris, Rn. 59; StGH Baden-Württemberg, Urteil vom 17. Juni 2014 - 1 VB 15/13 -, juris, Rn. 356 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11. Juni 2015 - OVG 1 B 5.13 -, juris, Rn. 183; VG Bremen, Beschluss vom 2. September 2011 - 5 V 514/11 -, juris, Rn. 26). Zudem geht es nur um eine Überleitungsregelung für eine bestimmbare Anzahl von Bestandsspielhallen, nicht um die grundsätzliche und allgemeine Zuordnung unterschiedlicher Grundrechtspositionen für eine unbestimmte Vielzahl von zukünftigen Auswahlentscheidungen.

26

Vor diesem Hintergrund lassen sich die wesentlichen Parameter der Auswahlentscheidung in Konkurrenzsituationen zwischen Bestandsspielhallen dem Saarländischen Spielhallengesetz in hinreichendem Maße entnehmen. Insbesondere kann zur Konturierung der Auswahlkriterien zunächst auf die Regelung zur Härtefallbefreiung nach § 12 Abs. 2 SSpiehlhG zurückgegriffen werden, so dass im Rahmen der Auswahlentscheidung etwa auch die Amortisierbarkeit von Investitionen berücksichtigt werden kann. Auch ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung, dass bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten und in § 1 Abs. 1 SSpiehlhG niedergelegten Ziele zu beachten sind.

27

Der Gesetzgeber kann die Bewältigung der vielgestaltigen Auswahlkonstellationen anhand sachgerechter Kriterien den zuständigen Behörden überlassen, da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung soweit ersichtlich nur ein geringes Mehr an Bestimmtheit und Rechtsklarheit schaffen könnte. Auch soweit etwa in Innenstädten oder Stadtteilzentren aufgrund der dort bestehenden Gemengelage eine Vielzahl von Konkurrenzsituationen aufgelöst werden muss, erfordert der Vorbehalt des Gesetzes daher jedenfalls derzeit keine ausdrückliche gesetzgeberische Festlegung der maßgeblichen Auswahlparameter, etwa hinsichtlich der Frage, von welchem Fixpunkt die Auswahlentscheidung auszugehen hat. Insofern gebietet es die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich

geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung,

28

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 Erlaubnis-anträge neu in den Markt eintretender Bewerber einzubeziehen sind, wobei grundrechtsrelevante Vorbelastungen der Betreiber von Bestandsspielhallen zu berücksichtigen bleiben.

29

Soweit danach verschiedene Auswahlmöglichkeiten verbleiben, ist insofern weder ersichtlich noch von der Beschwerdeführerin zu IV) vorgetragen, dass eine gesetzgeberische Festlegung der maßgeblichen Auswahlkriterien den von den Behörden in dieser Situation vorzunehmenden komplexen Abwägungsentscheidungen besser gerecht würde. Soweit das behördliche Auswahlverfahren im Einzelfall den genannten Rahmen nicht beachtet oder sonst individuellen Rechtspositionen der Spielhallenbetreiber nicht zureichend Rechnung trägt, steht ihnen verwaltungsgerichtlicher und - gegebenenfalls nach Rechtswegerschöpfung - auch verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz offen. Zugleich bleibt es den Ländern unbenommen, im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bindungen den zuständigen Behörden selbst im Wege der Gesetz- oder Verordnungsgebung oder auch mittels Verwaltungsvorschriften detailliertere Kriterien für die Bewältigung von Konkurrenzsituationen an die Hand zu geben.“

30

Ergeben sich dabei nach vollständiger Ausschöpfung des Sachverhalts anhand der von der Behörde zu Grunde gelegten Kriterien hinreichend gewichtige Unterschiede zwischen den Bewerbern, muss dem danach vorrangigen Spielhallenbetreiber der Vorzug eingeräumt werden. Bestehen solche hinreichend gewichtigen Unterschiede im Einzelfall indes nicht, darf nach den obigen Ausführungen mangels ausreichender Sachkriterien auf das Losverfahren zurückgegriffen werden (vgl. zur Auswahl nach § 70 Abs. 3 GewO: BVerwG, Beschlüsse vom 24. Juni 2011 und 4. Oktober 2005 a.a.O.). Für dieses spricht in diesen Fällen, dass es neben der einfachen Handhabbarkeit für die Verwaltung auch im Interesse der Bewerber eine zügige und rechtssichere Klärung der Rechtslage ermöglicht.

31

Keine gewichtigen Unterschiede bestehen von vornherein, wenn und soweit mehrere (Verbund-)Spielhallen eines einzigen Unternehmers betroffen sind. Naturgemäß kann in diesem Fall eine Differenzierung durch die Erlaubnisbehörde kaum vorgenommen werden. Es obliegt in diesem Fall vielmehr allein dem Betreiber dieser Spielhallen - etwa im Rahmen von Haupt- und Hilfsanträgen - selbst die Auswahlentscheidung zu treffen und anzugeben, welche der Spielhallen vorrangig weiterbetrieben werden soll. Entsprechendes gilt regelmäßig dann, wenn - wie bei den Klägerinnen - mehrere in räumlicher Nähe stehende Spielhallen verschiedenen Organgesellschaften ein und desselben Organträgers (sog. Tochtergesellschaften) zuzuordnen sind. Auch in dieser Konstellation stellen die Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit dar; es besteht keine echte Konkurrenz. Die Auswahlentscheidung kann in aller Regel von diesen Unternehmen selbst getroffen werden.

32

In anderen Fällen ist es dagegen ohne das Bestehen einer gesetzlichen Grundlage im Ansatz nicht ermessensgerecht, dass - wie die Beklagte im Ergebnis verfahren ist - allein berücksichtigt wird, ob - mit Ausnahme der Abstandsregelungen des § 25 GlüStV - die Voraussetzungen für die Erteilung der Spielhallenerlaubnis erfüllt sind und dann sogleich zum Losverfahren übergegangen wird. Art. 12 und 3 GG fordern einen chancengleichen Zugang zu einer begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit. Der Anspruch bezieht sich nicht nur auf das Auswahlverfahren, sondern auch auf die Auswahlkriterien (StGH BW a.a.O.) Das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 16. Dezember 2016 a.a.O., Rn. 18) hat insoweit ebenfalls ausgeführt, dass „berechtigte Zweifel“ daran bestünden, ob die Auflösung einer Konkurrenz mehrerer bestehender Spielhallen, bei Fehlen einer gesetzlichen Regelung ohne Verstoß gegen das Wesentlichkeitsgebot, ohne weiteres durch ein Losverfahren möglich ist (offen: BVerwG, Urteil vom 5. April 2017 - 8 C 16.16 - Pressemitteilung Nr. 21/2017).

33

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist es entgegen den Ausführungen der Beklagten in den ablehnenden Bescheiden unzutreffend, dass Aspekte der Zuverlässigkeit kein Unterscheidungskriterium sein könnten. Zwar ist die Zuverlässigkeit des Betreibers ohnehin Voraussetzung für das Betreiben einer Spielhalle (§§ 33i Abs. 2 Nr. 1, 33 c Abs. 2 Nr. 1 GewO). Indes kann es - wie die Klägerinnen insoweit zutreffend vortragen - bei den insoweit maßgeblichen Gesichtspunkten durchaus signifikante Unterschiede geben. Ein besonders zuverlässiger Betreiber genügt den Zielen des § 1 des GlüStV in besserer Weise.

34

Auch bei der Dauer des Betriebes bzw. dem Gesichtspunkt der Amortisation schutzwürdiger Investitionen können sich entgegen der Auffassung der Beklagten erhebliche Unterschiede ergeben. Umso länger ein Betrieb besteht, desto mehr ist sein Vertrauen in dessen Fortbestand schutzwürdig. Andererseits kann aber auch die fehlende Amortisation von Investitionen im Hinblick auf die Regelung des § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV ein sachgerechtes Unterscheidungskriterium sein. Die genannten Gesichtspunkte können zwar gegenläufig sein; sie müssen dann im Einzelfall gegeneinander gewichtet werden. Dies ändert aber nichts daran, dass sich bei wertender Betrachtung dann ein deutlicher Vorrang für einen der zur Auswahl stehenden Betriebe ergeben kann.

35

Eine unterschiedliche Entfernung zu Schulen oder Jugendeinrichtungen sowie beachtliche Unterschiede im Sozialkonzept oder sonst beim Jugend- und Spielerschutz können bei der Auswahl ebenfalls ermessensfehlerfrei herangezogen werden.

36

Obwohl die Beklagte diese oder andere in Betracht kommenden Kriterien bei der Auswahlentscheidung nicht herangezogen hat, ist sie im vorliegenden Fall im Ergebnis (§§ 46 VwVfG, 1 Abs. 1 NVwVfG) rechtsfehlerfrei zu der Überzeugung gelangt, dass der Betrieb der Klägerin der Verfahren 7 A 16/17 und 7 A 17/17 gegenüber demjenigen der Beigeladenen keinen Vorrang genießt. Denn weder aus den vorliegenden Akten noch aus sonstigen Umständen ist hier erkennbar, dass gewichtige für die zuletzt genannte Klägerin sprechende Unterschiede zwischen diesen Beteiligten bestehen. Insbesondere hat die Klägerin der Verfahren 7 A 16/17 und 7 A 17/17 nicht über theoretische Überlegungen hinaus einzelfallbezogen dargelegt, welche denkbaren Gesichtspunkte hier für ihren Vorrang sprechen könnten. Eine solche Darlegungsobliegenheit ergibt sich aber aus ihren Mitwirkungspflichten (§§ 26 Abs. 2 VwVfG, 1 Abs. 1 NVwVfG) und war auch nicht unzumutbar. Der Kern des Vortrages der Klägerinnen bezieht sich gerade auf das Fehlen einer Auswahlentscheidung nach Sachkriterien. Es war daher naheliegend, die selbst aufgestellten Grundsätze auch auf den konkreten Fall anzuwenden. Zudem war ihrem Prozessbevollmächtigten auch die Verfahrensakte betreffend die Beigeladene rechtzeitig vor der mündlichen Verhandlung antragsgemäß übermittelt worden.

37

Letztlich stehen sich hier nach Auffassung des Gerichts zwei Unternehmen bzw. Unternehmensgruppen gegenüber, die bundesweit tätig und wirtschaftlich äußerst erfolgreich sind, über zahlreiche Spielhallen verfügen und an deren gewerberechtl. Zuverlässigkeit jeweils keinerlei Zweifel bestehen. Auch in Bezug auf die Sozialkonzeption bestehen keinerlei erkennbare Unterschiede.

38

Dem in der mündlichen Verhandlung diesbezüglich gestellten Hilfsbeweis Antrag der Klägerinnen war nicht näherzutreten. Das allein maßgebliche Sozialkonzept der Beigeladenen befindet sich in den Verwaltungsvorgängen und ist der Klägerin über ihren Prozessbevollmächtigten bekannt. Dass sich aus den Kontrollberichten des Ordnungsamtes signifikante Unterschiede zu Lasten der Beigeladenen ergeben könnten, ist wegen des Fehlens von Eintragungen im Gewerbezentralregister so unwahrscheinlich, dass das Gericht dem nicht nachgehen musste.

39

Die Beklagte hat es auch zu Recht abgelehnt, den Klägerinnen die glücksspielrechtliche Erlaubnis aus Härtegründen zu erteilen. Nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV können die für die Erteilung einer Erlaubnis nach § 24 GlüStV zuständigen Behörden nach Ablauf der in § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV geregelten 5-jährigen Übergangsfrist für Bestandsspielhallen – also für die Zeit ab dem 1. Juli 2017 – eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen des §§ 24 Abs. 2 sowie § 25 GlüStV für einen angemessenen Zeitraum zulassen, wenn dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist, wobei der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33 i GewO sowie die Ziele des § 1 GlüStV zu berücksichtigen sind. Der in dieser Vorschrift verwendete Begriff der „unbilligen Härte“ ist ein unbestimmter Rechtsbegriff auf Tatbestandsseite, der gerichtlich voll überprüfbar ist. Dabei sind die Anforderungen an das Vorliegen einer „unbilligen Härte“ im Wege der Auslegung zu ermitteln. Der Wortlaut dieses Begriffs gibt vor, dass nicht jede Beeinträchtigung der rechtlich geschützten Interessen für die Annahme eines Härtefalls ausreichen kann, sondern es sich um eine qualifizierte Beeinträchtigung der Rechte eines Spielhallenbetreibers handeln muss, da eine „Härte“ nur dann die Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, wenn sie „unbillig“ ist. Systematisch steht der Begriff der „unbilligen Härte“ im Zusammenhang mit der in § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV geregelten Übergangsfrist für Bestandsspielhallen. Danach kann eine „unbillige Härte“ im Sinne von § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV nur dann vorliegen, wenn die 5-jährige Übergangsfrist aus Satz 2 der Vorschrift nicht geeignet war, trotz der hohen Bedeutung der mit den §§ 24 und 25 GlüStV verfolgten Gemeinwohlziele die Beeinträchtigung eines Spielhallenbetreibers auf ein verfassungsrechtlich vertretbares Maß herabzusetzen. Dies entspricht ausweislich der Gesetzesbegründung auch der Intention des Gesetzgebers. Denn der Gesetzesbegründung lässt sich insoweit entnehmen, dass die Übergangsfrist von fünf Jahren in § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV sowie die Möglichkeit gemäß Satz 4 dieser Vorschrift, nach Ablauf der Frist im Einzelfall eine Befreiung von einzelnen materiellen Anforderungen zuzulassen, dem Vertrauens- und Bestandsschutzinteresse der Betreiber in Abwägung mit den in den §§ 24 und 25 GlüStV verfolgten Allgemeinwohlzielen angemessen Rechnung tragen sollte. Mittels der Befreiung könne im individuellen Fall der notwendige Verhältnismäßigkeitsausgleich herbeigeführt werden, indem die Befreiung auf den Zeitraum beschränkt erteilt werde,

der erforderlich sei, um unzumutbaren Belastungen Rechnung zu tragen, ohne aber die mit den §§ 24 und 25 GlüStV verfolgten Allgemeinwohlintressen auf Dauer hintanzustellen. Durch die Befreiungsregelung und die Anknüpfung an den Zeitpunkt der Erlaubniserteilung könne beispielsweise bei Spielhallenkomplexen ein stufenweiser Rückbau erreicht werden (LT-Drs. 16/4795, S. 93 f.). Insbesondere aufgrund der gesetzlichen Vorgabe, dass u.a. der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33 i GewO für die Beurteilung eines Härtefalls zu berücksichtigen ist, wird der Sinn und Zweck der Vorschrift deutlich, solchen Spielhallenbetreibern Befreiungen einzuräumen, die im Vertrauen auf eine ursprünglich unbefristet geltende Genehmigung für den Betrieb ihrer Spielhalle Investitionen getätigt haben, die sich auch nach Ablauf der 5-jährigen Übergangsfrist noch nicht – jedenfalls nicht in erheblichem Umfang – amortisiert haben und die sich auch nicht auf andere Weise als durch Betrieb einer Spielhalle nutzbar machen lassen. Dies kann angesichts der Systematik der Regelung, die lediglich eine „Befreiung“ im Einzelfall zulässt, den gewichtigen mit dem GlüStV verfolgten Zielen der Suchtprävention und der typischer Weise mit Spielhallen zu erzielenden Gewinne nur in seltenen atypischen Ausnahmefällen angenommen werden. Hierbei wird derjenige, der sich auf einen Härtefall beruft, das Vorliegen dieser Voraussetzungen darlegen und ggf. nachweisen müssen. Dies erfordert auch eine Darlegung, weshalb die Härte nicht durch Umstrukturierungsmaßnahmen während der fünfjährigen Übergangszeit vermieden werden konnte. Kein atypischer Fall ist die Gefährdung der Existenz eines Betriebes, weil Betriebsschließungen und -aufgaben die vom Gesetzgeber gewollte Folge der Regelungen des § 25 GlüStV darstellen und es nicht Zielsetzung der Härtefallregelung ist, den Spielhallenbetreibern auch in Zukunft ausreichende Gewinnmöglichkeiten zu eröffnen (vgl. ebenso VG Lüneburg, Urteil vom 10. Mai 2017 - 5 A 104/16 - Pressemitteilung).

40

Die Klägerinnen haben geltend gemacht, dass sie in den letzten 10 Jahren in den Komplex der drei Spielhallen im Gebäude ... einen Betrag in Höhe von etwa 300.000 € investiert hätten. Allerdings ist insoweit festzustellen, dass in Bezug auf Investitionen ab dem 28. Oktober 2011 kein schutzwürdiges Vertrauen mehr entstehen konnte, weil der Glücksspiel-Änderungsstaatsvertrag an diesem Tage von den Ministerpräsidenten der Länder beschlossen worden ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. März 2017 a.a.O., Rn 198 f.). Ab diesem Zeitpunkt bestand für die Klägerinnen von vornherein die ernsthafte Möglichkeit, dass ihre Betriebe ab dem 1. Juli 2017 wegen der Unterschreitung des 100m-Mindestabstandes zu anderen Spielhallen nicht mehr fortgeführt werden können. Es verbleibt danach lediglich noch eine schutzwürdige Investitionssumme von 165.000 €. Bei einem nach eigenen Angaben jährlichen Gewinn von gut 440.000 € pro Jahr aus den drei hier in Rede stehenden Spielhallen kann dann allerdings von einer fehlenden Amortisation schon im Ansatz nicht gesprochen werden. Soweit die Klägerinnen geltend machen, dass eine einzelne Spielhalle nicht gewinnbringend betrieben werden könnte, erscheint dies angesichts der Existenz zahlreicher Einzelspielhallen zum einen nicht

nachvollziehbar und ist zum anderen nach den obigen Grundsätzen unerheblich; im Übrigen sollen im Gebäude ... überhaupt keine Spielhallen mehr betrieben werden.

41

Hinsichtlich des nicht vorgelegten Mietvertrages fehlt jeder Vortrag, dass dieser nicht aufgelöst werden kann oder eine Untervermietung ausscheidet (vgl. dazu auch: BVerfG, Beschluss vom 7. März 2017 a.a.O., Rn.194; BGH, Urteil vom 20. November 2013 - XII ZR 77/12 - juris).

42

Schließlich war der in der mündlichen Verhandlung gestellte Hauptbeweis Antrag aus den im Protokoll wiedergegebenen Gründen abzulehnen.