

OVG Saarland – Beschl. v. 20.12.2018 – 1 B 231/18

Anforderungen an das Auswahlverfahren miteinander konkurrierender Bestandsspielhallen nach dem SSpielhG

OVG des Saarlandes, Beschl. v. 20.12.2018 - 1 B 231/18

(VG des Saarlandes, 11.7.2018 - IL 736/18)

GG Art. 19 Abs. 4; VwGO § 114; GewO § 33 i; SSpielhG § 1 Abs. 1, § 11, § 12

1. Prüfungsmaßstab für das im Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes verfolgte Begehren eines Spielhallenbetreibers auf Duldung des Weiterbetriebs einer Spielhalle, deren nach § 33 i GewO erteilte Erlaubnis mit Ablauf des 3.6.2017 erloschen ist, sind auch in Anbetracht der Betroffenheit des Spielhallenbetreibers in seinen Grundrechten und seines Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz die Erfolgsaussichten seines auf Erteilung einer neuen Spielhallenerlaubnis gerichteten Begehrens im Hauptsacheverfahren. Das im Hauptsacheverfahren verfolgte Begehren muss hinreichende Aussicht auf Erfolg bieten. Allerdings stellt Art. 19 Abs. 4 GG besondere Anforderungen an die Ausgestaltung des Eilverfahrens, wenn ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären. Wollen die Gerichte sich in solchen Fällen an den Erfolgsaussichten der Hauptsache orientieren, müssen sie die Sach- und Rechtslage nicht nur summarisch, sondern abschließend prüfen. Dies gilt insbesondere wenn das einstweilige Rechtsschutzverfahren vollständig die Bedeutung des Hauptsacheverfahrens übernimmt und eine endgültige Verhinderung der Grundrechtsverwirklichung eines Beteiligten droht. Ist dem Gericht eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, so ist anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden, in die die grundrechtlichen Belange des Antragstellers umfassend einzustellen sind.

2. Zu den maßgeblichen Auswahlparametern im Auswahlverfahren um die Erteilung einer Spielhallenerlaubnis auf Antrag miteinander konkurrierender Betreiber von Bestandsspielhallen, die zueinander den Mindestabstand von 500 m Luftlinie nicht einhalten.

a. Ein wesentlicher Auswahlparameter ist das Maß der jeweiligen Betroffenheit der konkurrierenden Spielhallenbetreiber in ihrer grundgesetzlich geschützten Berufsfreiheit. Maßgeblich ist die Betroffenheit des Spielhallenbetreibers, auch wenn diese eine juristische Person

ist; auf eine wirtschaftliche Betroffenheit hinter ihr stehender natürlicher Personen kann daher nicht abgestellt werden.

b. Ein weiterer wesentlicher Auswahlparameter ist mit Blick auf die Verwirklichung der Ziele des § 1 Abs. 1 SSpG der Gesichtspunkt der Qualität der Betriebsführung, insbesondere die auf Rechtsverstöße in der Vergangenheit gründende Prognose künftigen gesetzeskonformen Verhaltens des Spielhallenbetreibers. Mindestvoraussetzung der Beachtlichkeit einer Verfehlung im Auswahlverfahren ist, dass sie in § 11 SSpG als Ordnungswidrigkeit gelistet und demgemäß bußgeldbewehrt ist. Des Weiteren unterliegt die Berücksichtigungsfähigkeit von Rechtsverstößen zeitlichen Grenzen.

c. Die Anwendungshinweise der Fachaufsicht vom 26.10.2017 betreffend Auswahlentscheidungen unter dem Aspekt konkurrierender Anträge werden der Rechtslage nicht gerecht.

3. Die nach den vorgenannten Kriterien zu treffende Auswahlentscheidung ist eine nach Maßgabe des § 114 VwGO der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegende Ermessensentscheidung, die rechtsfehlerhaft ist, wenn wesentliche nach dem Zweck der Ermessensermächtigung für die Entscheidung relevante Gesichtspunkte unberücksichtigt geblieben sind.

4. Zur Prüfungssystematik bei Beantragung einer Spielhallenerlaubnis sowohl im Auswahlverfahren verschiedener Betreiber von Bestandsspielhallen in Abstandskonkurrenz als auch unter dem Gesichtspunkt einer Befreiung vom Abstandsgebot sowie vom Verbundverbot.

5. Zu den Voraussetzungen einer Härtefallbefreiung nach § 12 Abs. 2 SSpG

a. § 12 Abs. 2 Satz 2 SSpG knüpft an die für eine Befreiung vom Abstandsgebot geltenden Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 Satz 1 SSpG an und normiert für eine Befreiung vom Verbundverbot zusätzlich die in den Nrn. 1 und 2 genannten - gegenüber denjenigen einer Abstandsbefreiung strengeren - Voraussetzungen

b. Nach dem 28.10.2011 getroffene Dispositionen bzw. unternehmerische Entscheidungen begründen kein schutzwürdiges Vertrauen im Sinne des § 12 Abs. 2 SSpG.

c. Allein der Verlust von Gewinnerzielungsmöglichkeiten aus einer nicht mehr gesetzeskonformen Spielhalle begründet keine unbillige Härte im Sinne des § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 SSpG.

d. Der Umstand, dass der Spielhallenbetreiber während des fünfjährigen Übergangszeitraums keine Maßnahmen zur Umstrukturierung bzw. Abwicklung des Unternehmens getroffen hat,

steht einer Härtefallbefreiung nur bedingt entgegen; insoweit ist zwischen den Fällen einer Abstandskollision und den Fällen des Betriebs einer Verbundspielhalle zu differenzieren.

6. § 12 Abs. 3 SSpG ermöglicht eine Befreiung vom Abstandsgebot bzw. vom Verbundverbot auch in den Fällen, in denen die engen Voraussetzungen einer unbilligen Härte nach § 12 Abs. 2 SSpG nicht vollumfänglich erfüllt sind, aber ein Konzept mit konkreten Maßnahmen zur weiteren Anpassung des Betriebs der Spielhalle an die neuen Erlaubnisvoraussetzungen und die Ziele des Gesetzes vorgelegt und umgesetzt wird. Zweck der Vorschrift ist ein Kompromiss zwischen den widerstreitenden Interessen der Spielhallenbetreiber und den Zielen der Neuregelung des Spielhallenrechts, soweit eine drohende, die Existenz gefährdende Schieflage des Unternehmens durch ein die vollständige Umsetzung des neuen Rechts zwar nur stufenweise, aber dennoch zeitnah ermöglichendes Anpassungskonzept abgewendet werden kann. Ein Konzept, das auf eine vollständige Gewinnabschöpfung und eine verlustfreie Abwicklung aller nicht mehr erlaubnisfähigen Betriebsstätten ausgerichtet ist und die durch das neue Recht verfolgten Belange nicht in den Blick nimmt, wird den Anforderungen des § 12 Abs. 3 SSpG nicht gerecht.

(Amtl. Ls.)

Aus den Gründen:

I.

Die Antragstellerin betreibt aufgrund nach § 33 i GewO erteilter Erlaubnisse in mehreren saarländischen Kommunen Spielhallen, unter anderem eine Verbundspielhalle in [...] am Standort T[—] S[...J 101, bestehend aus dem „C[...] [...]“ (Konzession I, erteilt durch Bescheid vom 27.2.2007) und der Einzelspielhalle „101“ (Konzession II, erteilt durch Bescheid vom 8.11.2007). In einem Abstand von weniger als 500 m Luftlinie zu der vorgenannten Verbundspielhalle werden in der Kreisstadt [...] zwei weitere Spielhallen betrieben, nämlich eine Spielhalle der R[...] [...] GmbH (Antragstellerin im einstweiligen Rechtsschutzverfahren 1 B 265/18 [1 L 685/18]) am Standort P[...] Straße 63 sowie in der T[...] S[...] 33 - 37 eine Spielhalle der M[...] [...] GmbH, welcher der Antragsgegner im Rahmen des Auswahlverfahrens zur Auflösung der Abstandskollision nach § 3 Abs. 2 Nr. 2 SSpG mit Bescheid vom 17.11.2017 die Erlaubnis zum Weiterbetrieb ihrer Spielhalle über den 3.6.2017 hinaus erteilte. Der Bescheid ist Gegenstand der beim Verwaltungsgericht erhobenen Drittanfechtungsklagen der Antragstellerin – 1 K 80/18 - sowie der R[...] [...] GmbH - 1 K 2485/17 -.

Mit weiterem, ebenfalls mit Datum vom 17.11.2017 ergangenem Bescheid, der Gegenstand des im Hauptsacheverfahren beim Verwaltungsgericht anhängigen Verwaltungsrechtsstreits 1 K 2464/17 ist, lehnte der Antragsgegner hinsichtlich der beiden in der T[...] S[...J 101 be-

triebenen Einzelspielhallen „C[...] [...]“ (Konzession I, von der Antragstellerin hinsichtlich des Auswahlverfahrens präferiert) und „101“ (Konzession II) sowohl die Erteilung einer Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 SSpielhG als auch jeweils eine Befreiung nach § 12 Abs. 2 SSpielhG vom Abstandsgebot sowie vom Verbundverbot ab. Die Antragstellerin wurde ferner aufgefordert, die beiden Spielhallen bis spätestens zum 31.5.2018 zu schließen.

Den verfahrensgegenständlichen Eilrechtsschutzantrag auf Erteilung einer vorläufigen Erlaubnis unter Befreiung vom Abstandsgebot und von der Einhaltung des Verbundverbots bzw. hilfsweise auf Duldung des Weiterbetriebs der beiden Spielhallen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens 1 K 2464/17 hat das Verwaltungsgericht durch Beschluss vom 11.7.2018 – 1 L736/18 - als unbegründet zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin.

II.

Die am 16.7.2018 beim Verwaltungsgericht eingegangene und mit am 1.8.2018 beim Oberverwaltungsgericht eingegangenem Schriftsatz begründete Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den im Tenor bezeichneten, der Antragsgegnerin am 12.7.2018 zugestellten Beschluss des Verwaltungsgerichts ist zulässig und nach Maßgabe des Beschlusstextes teilweise begründet.

Wenngleich der Beschwerdeantrag seiner Formulierung nach auf eine vorläufige Erlaubnis/Duldung zielt, greift die Antragstellerin die aus Sicht des Senats zutreffende Argumentation des Verwaltungsgerichts, das Rechtsschutzziel könne nur mittels eines auf vorläufige Duldung zielenden Antrags erreicht werden, sei also hinsichtlich der begehrten vorläufigen Erlaubnis bereits unzulässig, in ihrer Beschwerdebegründung nicht eigens an, so dass sich nähere Ausführungen hierzu erübrigen.

Das der Beschwerde zugrunde gelegte, gemäß § 146 Abs. 4 Sätze 3 und 6 VwGO den Umfang der Überprüfung durch den Senat beschränkende Vorbringen der Antragstellerin in ihrer Beschwerdebegründungsschrift gibt unter Berücksichtigung derjenigen Ausführungen in ihrem Schriftsatz vom 8.10.2018, die das fristgerechte Beschwerdevorbringen lediglich ergänzen, Veranlassung, die erstinstanzliche Entscheidung abzuändern, soweit darin die Rechtmäßigkeit der im Verhältnis zwischen der Antragstellerin, der R[...] [...] GmbH und der Firma M[...] [...] GmbH getroffenen Auswahlentscheidung bejaht wird. Darüber hinaus hat die Beschwerde indes keinen Erfolg.

1. Nicht durchzudringen vermag die Antragstellerin zunächst in formeller Hinsicht mit ihrem Einwand, die Rechtmäßigkeit des vom Antragsgegner durchgeführten Auswahlverfahrens

sowie die aus ihrer Sicht ungeklärten Voraussetzungen eines Härtefalls im Sinne von § 12 Abs. 2 SSpielhG seien einer sachgerechten Überprüfung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht zugänglich, weshalb ihr schon aus diesem Grunde unter Abwägung ihrer Grundrechte und der gegenläufigen öffentlichen Interessen mit Rücksicht auf die mit einer Betriebschließung verbundenen unwiederbringlichen Nachteile effektiver Rechtsschutz im Sinne von Art. 19 Abs. 4 GG durch die beantragte einstweilige Anordnung gewährt werden müsse.

Art. 19 Abs. 4 GG gebietet nicht, den Interessen des Spielhallenbetreibers in einem Eilrechtsschutzverfahren betreffend den vorläufigen Weiterbetrieb einer Spielhalle bis zur gerichtlichen Klärung im Hauptsacheverfahren, ob die vorrangige Berücksichtigung eines in einer Entfernung von unter 500 m angesiedelten Konkurrenten im Auswahlverfahren rechtmäßig war und gegebenenfalls eine Befreiung von dem Abstandsgebot des § 3 Abs. 2 Nr. 2 SSpielhG bzw. von dem Verbundverbot des § 3 Abs. 2 Nr. 1 SSpielhG beansprucht werden kann, grundsätzlich den Vorrang vor dem öffentlichen Vollzugsinteresse einzuräumen.

Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit eines Auswahlverfahrens und der danach getroffenen Auswahlentscheidung sowie die Auslegung der tatbestandlichen Anforderungen, unter denen § 12 Abs. 2 Satz 1 bzw. Satz 2 SSpielhG einen Anspruch auf Befreiung vom Abstandsgebot bzw. vom Verbundverbot vermittelt, ist nicht - wie die Antragstellerin meint - der Prüfung in einem Hauptsacheverfahren vorzubehalten. Die wesentlichen Parameter der Auswahlentscheidung in Konkurrenzsituationen zwischen Bestandsspielhallen lassen sich dem Saarländischen Spielhallengesetz in hinreichendem Maße entnehmen.¹ Überdies kann auf die - unter dem Gesichtspunkt des Vorbehalts des Gesetzes in verfassungsrechtlich unbedenklicher Weise² - zu ihrer Konkretisierung erlassenen Anwendungshinweise des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit, Energie und Verkehr zurückgegriffen werden. Das Regelungsgefüge in § 12 Abs. 2 Satz 1 bzw. Satz 2 SSpielhG erschließt sich aus ihrem Wortlaut sowie dem in der Gesetzesbegründung dargelegten Sinn und Zweck der Einzelregelungen. Unter Berücksichtigung der Vorgaben des Staatsvertrags, der Begründung zu § 29 Abs. 4 GlüStV und der unter dem 7.6.2018 ergangenen Anwendungshinweise der Fachaufsicht (Übergangsregelung und Härtefallklausel) sind die maßgeblichen Kriterien für das Vorliegen einer Härte sowie die Voraussetzungen einer Befreiung unter Härtegesichtspunkten ohne weiteres auch im Rahmen eines Eilrechtsschutzverfahrens zu ermitteln.

1.1 Art. 19 Abs. 4 GG stellt allerdings besondere Anforderungen an die Ausgestaltung des Eilverfahrens, wenn ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Beeinträchtigungen entstehen können, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären.³

¹ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. -, juris, Rdnr. 184.

² BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. -, juris, Rdnr. 185.

³ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 12.5.2005, - 1 BvR 569/05 -, juris Rdnrn. 24 ff.

Wollen die Gerichte sich in solchen Fällen an den Erfolgsaussichten der Hauptsache orientieren, müssen sie die Sach- und Rechtslage nicht nur summarisch, sondern abschließend prüfen. Dies gilt insbesondere, wenn das einstweilige Rechtsschutzverfahren vollständig die Bedeutung des Hauptsacheverfahrens übernimmt und eine endgültige Verhinderung der Grundrechtsverwirklichung eines Beteiligten droht. Entschließen sich die Gerichte zu einer Entscheidung auf dieser Grundlage, so dürfen sie die Anforderungen an die Glaubhaftmachung durch den Antragsteller des Eilverfahrens nicht überspannen. Die Anforderungen haben sich vielmehr am Rechtsschutzziel zu orientieren, das der Beschwerdeführer mit seinem Begehren verfolgt. Ist dem Gericht dagegen eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, so ist anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden. Auch in diesem Fall sind die grundrechtlichen Belange des Antragstellers umfassend in die Abwägung einzustellen. Die Gerichte müssen sich schützend und fördernd vor die Grundrechte des Einzelnen stellen.⁴ Droht dem Antragsteller bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten, 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 einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende besonders gewichtige Gründe entgegenstehen. Je schwerer die sich aus der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes ergebenden Belastungen wiegen, je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass sie im Fall des Obsiegens in der Hauptsache rückgängig gemacht werden können, umso weniger darf das Interesse an einer vorläufigen Regelung oder Sicherung der geltend gemachten Rechtspositionen zurückgestellt werden. Entscheidend ist, dass die Prüfung eingehend genug ist, um den Antragsteller vor erheblichen unzumutbaren, anders weder abwendbaren noch reparablen Nachteilen effektiv zu schützen.⁵

Angesichts der grundrechtlichen Betroffenheit der Antragstellerin in ihren durch Art. 12 und 14 i. V. m. Art. 19 Abs. 3 GG geschützten Rechtspositionen bedarf es im vorliegenden Eilverrechtsschutzverfahren einer über eine nur summarische Prüfung hinausgehenden vertieften Prüfung der Sach- und Rechtslage. Demgemäß sind fallbezogen die Rechtmäßigkeit der vom Antragsgegner zugunsten ihrer Konkurrentin getroffenen Auswahlentscheidung und gegebenenfalls die Voraussetzungen eines Befreiungsanspruchs im Beschwerdeverfahren unter Zugrundelegung des nach § 146 Abs. 4 Sätze 3 und 6 VwGO für den Umfang der Prüfung maßgeblichen Beschwerdevorbringens nicht nur summarisch, sondern - soweit möglich - abschließend zu prüfen. Soweit eine vollständige Aufklärung, insbesondere der Sachlage, mit den Erkenntnismöglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht möglich ist, ist

⁴ BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 12.5.2005, a.a.O., Rdnrn. 25 und 26 m.w.N.

⁵ BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 12.9.2011 - 2 BvR 1206/11 -, juris Rdnr. 15; zum beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren: BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 - 2 C 16/09 -, juris Rdnr. 32.

anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden, in die indes die grundrechtlichen Belange der Antragstellerin umfassend einzustellen sind.

1.2 Aus dem seitens der Antragstellerin zitierten Beschluss des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 18.7.2018⁶ lässt sich eine Notwendigkeit, ihr bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren, nicht herleiten.

Die Annahme, aus dieser Entscheidung sei das „normative Argument“ abzuleiten, dass das Rechtsschutzinteresse der Spielhallenunternehmen gegenüber dem öffentlichen Vollzugsinteresse bis zur Klärung in der Hauptsache überwiege, blendet in Bezug auf das saarländische Landesrecht aus, dass der Gesetzgeber in § 9 Abs. 3 SSpG in Bezug auf die unter anderem verfahrensgegenständliche Versagung einer Befreiung normativ eine andere Wertung - keine aufschiebende Wirkung der Klage - vorgegeben hat.

Zudem ging es im Fall des Oberverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen um eine im Vergleich mit dem vorliegenden Fall andere Problematik, nämlich um einstweiligen Rechtsschutz gegen eine Schließungsanordnung nach § 15 Abs. 2 GewO, die gegenüber einer im Auswahlverfahren unterlegenen Spielhalle ergangen war, ohne dass die Behörde in das ihr durch § 15 Abs. 2 GewO eröffnete Schließungsermessen eingestellt hatte, dass der betroffene Betreiber die ihm negative Auswahlentscheidung unter Beantragung einstweiligen Rechtsschutzes angegriffen hatte. Art. 19 Abs. 4 GG gebietet, dass dem im Auswahlverfahren unterlegenen Spielhallenbetreiber vor dem Vollzug der Schließungsverfügung Gelegenheit gegeben werde, die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen.

Eine derartige Konstellation ist fallbezogen nicht gegeben. In Bezug auf die verfahrensgegenständliche Verbundspielhalle ist keine Schließungsverfügung ergangen und die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Antragsgegners, der Spielhalle in der T[...] S[...] 33 - 37 eine Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 SSpG zu erteilen und den entsprechenden Erlaubnisantrag der Antragstellerin abzulehnen, ist unter anderem Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung des vorliegenden einstweiligen Rechtsschutzverfahrens.

1.3 Schließlich verfängt der Hinweis auf die angebliche behördlicherseits bestrittene Äußerung des Staatssekretärs, er sei geneigt, während laufender gerichtlicher Überprüfung dem Interesse der Spielhallenbetreiber Vorrang vor dem öffentlichen Vollzugsinteresse einzuräumen, nicht. Abgesehen davon, dass eine solche Äußerung schon mit der in § 9 Abs. 3 SSpG manifestierten Wertung des Gesetzgebers nicht vereinbar wäre, liegt auf der Hand, dass sie nicht Grundlage eines Vertrauens, die für die Prüfung im einstweiligen Rechtsschutz-

⁶ OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 18.7.2018 – 4 B 179/18 -, juris.

verfahren zuständigen Verwaltungsgerichte würden sich diese Sichtweise dennoch zu eigen machen und von der gebotenen Einzelfallbetrachtung absehen, sein könnte.

2. Die Rüge der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 8.10.2018, zu ihren Lasten sei eine Ungleichbehandlung im Gesetzesvollzug zu verzeichnen, da ihre Anträge sehr früh bearbeitet und negativ beschieden worden seien, während andere Spielhallenbetreiber Wettbewerbsvorteile daraus zögen, dass ihre Anträge noch in Bearbeitung seien, vermag der Beschwerde schon mit Blick auf die späte Geltendmachung nicht zum Erfolg zu verhelfen. Diese Rüge wurde erst nach Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist in das Beschwerdeverfahren eingeführt und unterfällt damit den Regelungsbereich des § 146 Abs. 4 Sätze 1, 3 und 6 VwGO mit der Folge, dass sie nicht von dem durch das fristgerechte Beschwerdevorbringen determinierten Umfang der vom Senat vorzunehmenden Prüfung umfasst ist.

3. In Anwendung des unter dem Gliederungspunkt 1.1 dargelegten Prüfungsmaßstabs kann der Auffassung des Verwaltungsgerichts, die vom Antragsgegner getroffene Auswahlentscheidung sei rechtlich aller Voraussicht nach nicht zu beanstanden, nicht gefolgt werden (3.1), während ein Anspruch auf Duldung des Weiterbetriebs auch nur einer der beiden Einzelspielhallen in der T[...] S[...] 101 unter dem Gesichtspunkt des Bestehens eines Erlaubnisanspruchs unter Härtefallgesichtspunkten zu verneinen ist (3.2).

3.1 Zutreffend ist das Verwaltungsgericht im Ansatz davon ausgegangen, dass es in Fällen der vorliegenden Art, in denen aufgrund des Abstandsgebots mehrere Spielhallen zueinander in Konkurrenz stehen, eines chancengleich ausgestalteten und verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Auswahlverfahrens bedarf. Die in den Anwendungshinweisen des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit, Energie und Verkehr des Saarlandes vom 26.10.2017 niedergelegten Auswahlparameter und das vom Antragsgegner fallbezogen auf der Grundlage des von ihm als ausschlaggebend angesehenen Auswahlkriteriums vollzogene Auswahlverfahren werden indes den sich aus dem Saarländischen Spielhallengesetz ergebenden Vorgaben unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Grundsätze nicht gerecht.

Wie bereits in den in sechs Zulassungsverfahren ergangenen Beschlüssen des Senats vom 8.11.2018⁷ dargelegt, entnimmt der Senat den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in dessen Beschluss vom 7.3.2017,⁸ wonach „zur Konturierung der Auswahlkriterien zunächst (Hervorhebung durch den Senat) auf die Regelung zur Härtefallbefreiung nach § 12 Abs. 2 SSpG zurückgegriffen werden“ kann, sowie der Gesetzesbegründung zu § 12 Abs. 2 SSpG, dass die Kriterien, die nach § 12 Abs. 2 SSpG für eine Härtefallbefreiung von Relevanz sind, in einem ersten Schritt auch für die Auswahlentscheidung als wesentliche Pa-

⁷ U.a. im Verfahren 1 A 2020/18, juris

⁸ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u. a. -, juris, Rdnrn. 182 ff., 184.

parameter der Auswahl herangezogen werden können, indem diese Härtefallkriterien von ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich, der Ebene der Konfliktlösung zwischen den Interessen des einzelnen Betreibers im Spannungsverhältnis zu dem öffentlichen Interesse an einer zügigen Umsetzung der Ziele der gesetzlichen Neuregelung, auf die Ebene der Konfliktlösung im Verhältnis miteinander konkurrierender Betriebe transferiert werden (3.1.1). Auch ergebe sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung, dass bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten und in § 1 Abs. 1 SSpG niedergelegten Ziele zu beachten seien (3.1.2). Hinsichtlich der Frage, von welchem Fixpunkt die Auswahlentscheidung auszugehen hat, verweist das Bundesverfassungsgericht auf die Notwendigkeit eines Verteilmechanismus, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermögliche, und begründet dies mit den grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber (3.1.3).

3.1.1 In ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich regeln die Vorgaben des § 12 Abs. 2 SSpG, wie der Konflikt zwischen den Interessen eines Inhabers einer Bestandsspielhalle und den strengen Anforderungen des neuen Spielhallenrechts aufzulösen ist. Voraussetzung einer Befreiung und damit eines Vorrangs der Interessen des Spielhallenbetreibers vor einer sofortigen Verwirklichung des neuen Rechts ist hiernach, dass die künftige Erlaubnisfähigkeit der Spielhalle ausschließlich an der Unterschreitung des Mindestabstandsgebots scheitert, also alle weiteren neuen Anforderungen der §§ 2 ff. SSpG erfüllt werden (Nr. 1), dass der Erlaubnisinhaber auf den Bestand der ursprünglichen Erlaubnis vertrauen durfte und dieses Vertrauen in Abwägung mit öffentlichen Interessen und den Zielen des § 1 Abs. 1 schutzwürdig ist, was zu bejahen ist, wenn das Vertrauen in die ursprüngliche Erlaubnis vor dem Stichtag 28.10.2011 betätigt worden ist und die eingegangenen Verpflichtungen noch fortwirken (Nr. 2), sowie dass die Befreiung zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist (Nr. 3). Unbilligkeit in diesem Sinn liegt insbesondere vor, wenn es dem Betreiber nicht möglich war, sich mit Wirkung ab dem 1.7.2017 aus seinen vertraglichen Verpflichtungen zu lösen, und die fortwirkenden Verpflichtungen von ihrem Ausmaß her die weitere Existenz des Unternehmens ernstlich in Frage stellen.

Transferiert man diese Anforderungen auf die Ebene des durch eine Auswahlentscheidung zu lösenden Interessenkonflikts zwischen mehreren Betreibern von Bestandsspielhallen, die in einer Entfernung von weniger als 500 m zueinander gelegen sind, so gilt in entsprechender Anwendung des § 12 Abs. 2 Nr. 1 SSpG wiederum zunächst, dass jede der konkurrierenden Spielhallen bzw. jeder Spielhallenbetreiber - allein abgesehen von der Einhaltung des Abstandsgebots - allen Anforderungen des neuen Rechts genügen muss. Sodann ist in Anwendung der Nr. 2 zu ermitteln, ob der einzelne Spielhallenbetreiber vor dem 28.10.2011 im Vertrauen auf die ursprünglich erteilte Erlaubnis disponiert hat und schließlich, ob er sich der eingegangenen fortwirkenden Verpflichtungen nicht rechtzeitig entledigen konnte bzw. ob gar der Bestand des Unternehmens im Fall der Versagung der Erlaubnis für den in Rede stehen-

den Standorts ernstlich gefährdet wäre. Zwecks Ermöglichung einer an § 12 Abs. 2 SSpG orientierten Auswahlentscheidung zwischen mehreren Betreibern ist das so ermittelte Maß der jeweiligen Betroffenheit in der grundgesetzlich geschützten Berufsfreiheit jeweils in Relation zur Betroffenheit des/der Konkurrenten zu setzen.

Dass diese Handhabung mit dem Willen des Gesetzgebers konform geht, wird durch die Gesetzesbegründung gestützt. Dort heißt es unter Hinweis auf die komplexe Ausgangssituation insbesondere hinsichtlich miteinander konkurrierender Spielhallen, die die gesetzlichen Abstandsvoraussetzungen nicht erfüllen, und die einer weiteren Konkretisierung der Befreiungsvoraussetzungen entgegenstehe, in die Erwägungen könnten je nach Sachlage im Einzelfall der Zeitpunkt der Erlaubniserteilung, Art und Ausmaß getätigter Investitionen, konkrete Abschreibungsfristen, Zahlungsverpflichtungen und Laufzeiten aus Darlehens- oder Mietverträgen sowie konkrete Möglichkeiten anderweitiger Nutzungen etc. eingestellt werden. Diese Ausführungen legen nahe, dass die genannten Kriterien schon im Rahmen der Auswahl zwischen konkurrierenden Betreibern von Relevanz sein können. Die weitere Gesetzesbegründung bestätigt diesen Befund. So heißt es, für die Einzelfälle, in denen die nachträgliche Einhaltung des Abstandsgebots nur möglich wäre, indem bei der Entscheidung über die Spielhalle, die zu schließen wäre - also bei der Auswahlentscheidung (Zusatz des Senats) -, einseitig einem der Spielhallenbetreiber ein gegebenenfalls gleichheitswidriges Sonderopfer auferlegt werden würde, werde eine Dispensmöglichkeit vorgesehen. Alldem ist zu entnehmen, dass wirtschaftlichen Dispositionen und etwaigen fortbestehenden Verpflichtungen im Rahmen der Auflösung von Konkurrenzen zwischen den Betreibern von Bestandsspielhallen, die die gesetzlichen Abstandsvoraussetzungen nicht erfüllen, Relevanz beigemessen werden soll. Diese Vorstellung liegt auch den Anwendungshinweisen der Fachaufsicht vom 7.6.2016 zu Grunde. Wenngleich sich unter Gliederungspunkt 1.4.3 die Formulierung, auf der Ebene der Anträge nach § 12 finde kein vorgelagertes Auswahlverfahren statt, findet, können die weiteren Ausführungen unter Gliederungspunkt 3.3.5, nach denen im Fall, dass jede konkurrierende Spielhalle den Härtefall nachweist, jeweils eine Befreiung erteilt werden soll, nur dahin verstanden werden, dass aus Sicht der Fachaufsicht für die Auflösung von Bewerberkonkurrenzen Härtefallgesichtspunkte geeignet sind.⁹

Dies kann bedingen, dass dem Betreiber, der bei einem Unterliegen im Auswahlverfahren am härtesten getroffen würde, der Vorzug zu geben ist. Indes stellt sich die entsprechend heranzuziehende Härtefallregelung nicht als das einzige im Rahmen der Bewerberkonkurrenz aussagekräftige Kriterium dar, so dass im jeweiligen Einzelfall je nach den konkreten Gegebenheiten weitere Kriterien in die vergleichende Betrachtung einzubeziehen sind.

⁹ So bereits Beschlüsse des Senats vom 8.11.2018 - 1 A 202/18 u.a. -, juris.

3.1.2 Das Bundesverfassungsgericht stellt im Kontext seiner Ausführungen betreffend den Rückgriff auf die Regelung zur Härtebefreiung nach § 12 Abs. 2 SSpielhG fest, aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung ergebe sich, dass bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten und in § 1 Abs. 1 niedergelegten Ziele zu beachten seien. Dies versteht der Senat dahin, dass sich die Mitwirkung der einzelnen Spielhallenbetreiber bei der Umsetzung der Ziele des § 1 Abs. 1 im Sinn einer Bereitschaft zu gesetzeskonformem Verhalten als ein im Rahmen der Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Bestands-spielhallen berücksichtigungsfähiges Auswahlkriterium darstellt.

3.1.2.1 Geht man davon aus, dass den Zielen des § 1 Abs. 1 im Rahmen der Auswahlentscheidung die Bedeutung eines Auswahlkriteriums zukommt, so wirft dies die Frage auf, ob für die Bewerber um eine positive Auswahlentscheidung im Vorfeld der Antragstellung und der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vorhersehbar war, dass die Frage eines die Neuregelungen beachtenden gesetzeskonformen Verhaltens für den Erfolg ihres Antrags auf Weiterbetrieb ihrer Spielhalle im Auswahlverfahren maßgeblich sein kann. Dies ist angesichts der Regelung der Versagungsgründe in § 3 Abs. 1 Nr. 1 SSpielhG zu bejahen. Jedem Spielhallenbetreiber muss seit Inkrafttreten der Neuregelungen bewusst sein, dass nach Ablauf der Übergangsfrist des § 12 Abs. 1 Satz 1 SSpielhG nicht nur die Versagungsgründe der §§ 33 c Abs. 2, 33 d Abs. 3 GewO der Erteilung einer Erlaubnis für den Weiterbetrieb der Spielhalle über den 3.6.2017 hinaus entgegenstehen können, sondern gleichermaßen die Versagungsgründe des § 3 SSpielhG, dass die Erlaubnis mithin insbesondere auch dann zu versagen ist, wenn der (bisherige) Betrieb der Spielhalle den Zielen und Bestimmungen des Saarländischen Spielhallengesetzes zuwiderläuft (Abs. 1 Nr. 1). Das Wissen um den Umstand, dass nicht gesetzeskonformes Verhalten zur Versagung der Erlaubnis führen kann, inkludiert die Vorhersehbarkeit von Rechtsnachteilen infolge nicht gesetzeskonformen Verhaltens im Erlaubnis- bzw. Auswahlverfahren.

3.1.2.2 Der Annahme, dass nicht gesetzeskonformes Verhalten unter den Gegebenheiten des Einzelfalls ein Unterliegen im Auswahlverfahren bedingen kann, lässt sich nicht bereits im Grundsatz entgegenhalten, dass der Gesichtspunkt der Qualität der Betriebsführung kein sachgerechtes Auswahlkriterium sei.¹⁰

Diese in Anlehnung an das Vergaberecht¹¹ entwickelte Argumentation des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs bzw. des Hamburgischen Obergerichtsverwaltungsgerichts verfängt in Bezug auf die Auswahl zwischen konkurrierenden Spielhallen nicht.

¹⁰ So HessVGH, Beschluss vom 27.9.2018 - 8 B 432/18 -, juris Rdnrn. 38 ff., und OVG Hamburg, Beschluss vom 9.7.2018 - 4 Bs 12/18 -, juris Rdnrn. 105 ff.

¹¹ HessVGH, Urteil vom 15.4.2014 - 9 C 1276/13.T -, juris Rdnr. 85; BGH, Urteil vom 8.9.1998 - X ZR 109/96 -, und vom 16.10.2001 - X ZR 100/99 -, jew. juris.

Der Zulässigkeit des Gesichtspunkts der Qualität der Betriebsführung als Auswahlkriterium wird entgegengehalten, dieser Gesichtspunkt stelle auf Anforderungen ab, die von den Spielhallenbetreibern bereits zu erfüllen seien, um überhaupt an einem Auswahlverfahren unter konkurrierenden Bestandsspielhallen teilnehmen zu können. So sei etwa die Anzahl der Ordnungswidrigkeitsverfahren wegen Verstößen gegen die Vorgaben des Spielhallengesetzes bereits im Rahmen der Eignungsprüfung anhand der Versagungsgründe zu würdigen. Würden hiernach die gesetzlichen Anforderungen erfüllt, so könne der Spielhallenbetrieb grundsätzlich eine spielhallenrechtliche Erlaubnis erhalten. Denn alle Betriebe, die die vielfältigen persönlichen und sachlichen Anforderungen des Gesetzes erfüllten, seien dem Grunde nach erlaubnisfähig. Auf der Ebene des Auswahlverfahrens seien sie insoweit gleich zu behandeln. Eine Bevorzugung wegen eines „besseren“ oder „umfangreicheren“ Ausfüllens der gesetzlichen Grundvoraussetzungen auf der Auswahlebene im Sinne eines „Mehr an Eignung“¹² bzw. das Auswahlkriterium der „Eliminierung schwarzer Schafe“¹³ sei sachwidrig.

Zwar trifft es zu, dass in der in Bezug genommenen Rechtsprechung zum Vergaberecht geklärt ist, dass das Vergabeverfahren zweistufig ist. Auf der ersten Stufe sind die Anforderungen an die Eignung eines Bieters, deren Erfüllung Voraussetzung für die Teilnahme am weiteren Verfahren ist, zu prüfen; auf der zweiten Stufe, auf der sich entscheidet, wer den Zuschlag erhält, ist ein „Mehr an Eignung“¹⁴ bzw. das Prinzip „bekannt und bewährt“¹⁵ kein Kriterium für die Auftragsvergabe. Eignungskriterien sind bereits in der Präqualifikation zu erfüllen und sind einer erneuten auf den Auftrag bezogenen vergleichenden Wertung nicht zugänglich.¹⁶ Kriterien, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (Zuschlagskriterium) dienen, sondern im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrags zusammenhängen, sind als Zuschlagskriterien ausgeschlossen.¹⁷ Diese Argumentation kann auf die Problematik der Auswahl zwischen konkurrierenden Bestandsspielhallen ungeachtet der ebenfalls zweistufigen Ausgestaltung des Verfahrens nicht übertragen werden.

Die beiden Stufen des Vergabeverfahrens betreffen gänzlich unterschiedliche Prüfprogramme, zum einen die grundsätzliche Eignung des Bieters zur Auftragserfüllung und zum anderen das der Ausschreibung zu entnehmende Zuschlagskriterium, etwa das wirtschaftlich günstigste Angebot. Es liegt auf der Hand, dass die Beurteilung der wirtschaftlichen Günstigkeit eines Angebots durch ein „Mehr eines Bieters an Erfahrung“ im Allgemeinen oder in Bezug auf den ganz konkreten Auftragsstyp nicht beeinflusst werden kann und sich diesbezügliche Erwä-

¹² HessVGH, a.a.O, Rdnrn. 42 ff.

¹³ OVG Hamburg, a. a. O., Rdnr. 106.

¹⁴ BGH, Urteil vom 8.9.1998 - X ZR 109/96 -, juris.

¹⁵ BGH, Urteil vom 16.10.2001 - X ZR 100/99 -, juris.

¹⁶ HessVGH, Urteil vom 15.10.2014, Rdnrn. 79 ff.

¹⁷ EuGH, Urteil vom 24.1.2008 - C-532/06 -, juris Rdnrn. 26 ff.

gungen daher als Zuschlagskriterium verbieten. Die vorliegend aufgeworfene Problematik der Zulässigkeit einer Berücksichtigung gesetzeskonformen Verhaltens sowohl im Rahmen der Prüfung der allgemeinen Erlaubnisfähigkeit als auch als ein Kriterium von mehreren im Rahmen der Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Bestandsspielhallen ist anders gelagert. Denn gerade die Zielvorgaben des neuen Spielhallenrechts legitimieren die neue strengere Regulierung in ihrer Gesamtheit.¹⁸ Sie ziehen sich wie ein roter Faden durch die gesetzlichen Vorgaben und es wäre demgemäß sogar systemwidrig, ihnen im Rahmen der Auswahlentscheidung jegliche Bedeutung abzusprechen. Dies gilt umso mehr als den Zielen des Gesetzes auch nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Bedeutung im Auswahlverfahren zukommen soll, was in der praktischen Umsetzung nur bedeuten kann, dass sich die Bereitschaft zu gesetzeskonformem Verhalten als ein zulässiges Auswahlkriterium darstellt.

3.1.2.3 Indes darf dies nicht zu der Annahme verleiten, dass jegliche in der Vergangenheit festgestellte Nichtbeachtung einer Vorgabe des neuen Spielhallenrechts geeignet sein kann, in einem Auswahlverfahren zum Tragen zu kommen. Die Vorschriften des Saarländischen Spielhallengesetzes enthalten eine Vielzahl von Anforderungen, denen ein Betreiber gerecht zu werden hat, deren Bedeutung für die angestrebte Erreichung der in § 1 formulierten Ziele aber von durchaus unterschiedlichem Gewicht sein kann. Die Verfehlungen müssen ihrem Gegenstand nach geeignet sein, Rückschlüsse auf das Maß der zu erwartenden Rechtstreue der jeweiligen Konkurrenten zu tragen. Sie sollten daher von einem gewissen Gewicht sein. Denn ein auf Unzulänglichkeiten der Vergangenheit gestütztes Unterliegen in der Auswahlentscheidung ist für den Betroffenen wegen des völligen oder teilweisen Verlusts der beruflichen Betätigungsmöglichkeit von erheblichem Gewicht¹⁹ und kommt in den faktischen Auswirkungen einer Verneinung der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit gleich, die, soweit sie auf Fehlverhalten gestützt wird, strengen Anforderungen unterliegt.

Vor diesem Hintergrund ist Mindestvoraussetzung der Beachtlichkeit einer Verfehlung im Auswahlverfahren, dass sie in § 11 SSpG als Ordnungswidrigkeit gelistet und demgemäß bußgeldbewehrt ist. Nicht zwingend erforderlich ist in Fällen, in denen der Sachverhalt geklärt ist, also der Rechtsverstoß als solcher feststeht, dass tatsächlich ein Ordnungswidrigkeitenverfahren durchgeführt und ein Bußgeld verhängt worden ist.

Zudem muss eine Zuwiderhandlung, um in einem Auswahlverfahren aussagekräftig sein zu können, eine gewisse Aktualität aufweisen.

In zeitlicher Hinsicht enthält das allgemeine Gewerbeamt Vorgaben zur Verwertbarkeit bzw. zur Dauer der Aussagekraft früheren Fehlverhaltens. Die entsprechenden Regelungen der

¹⁸ Krüper, Marktberreinigung unter Wesentlichkeitsvorbehalt, GewA 2017, 257, 265.

¹⁹ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017, a. a. O., Rdnr. 183.

Gewerbeordnung erlauben damit Rückschlüsse darauf, welche Verfehlungen der Vergangenheit hinreichend aktuell sind und daher im Rahmen der Auswahlentscheidung Berücksichtigung finden können. So begründet § 153 Absätze 6 und 7 GewO ein grundsätzlich absolutes Verwertungsverbot für im Zusammenhang mit der gewerblichen Tätigkeit stehende getilgte und tilgungsreife Bußgeldentscheidungen sowie für Bußgeldentscheidungen über Ordnungswidrigkeiten, die wegen Unterschreitung der Eintragungsgrenze von 200 Euro (§ 149 Abs. 2 Nr. 3 GewO) nicht in das Gewerbezentralregister eingetragen worden sind.²⁰

In Bezug auf Bußgeldentscheidungen, bei denen die Geldbuße nicht mehr als 200 Euro beträgt, greift gemäß § 153 Abs. 7 GewO nach drei Jahren seit Eintritt der Rechtskraft ein Verwertungsverbot. Die Tilgungsfrist für Bußgeldentscheidungen, mit denen eine Geldbuße von mehr als 200 Euro und nicht mehr als 300 Euro verhängt worden ist, beläuft sich auf drei Jahre (§§ 153 Abs. 1 Nr. 1, 149 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GewO), bei höheren Geldbußen (§§ 153 Abs. 1 Nr. 2, 149 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GewO) und bei den in § 149 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GewO bezeichneten strafgerichtlichen Verurteilungen (§ 153 Abs. 2 Satz 1 GewO) auf fünf Jahre.

Transferiert man dies auf die Auswahlentscheidung, so sind in die zwecks der Prognose der künftigen Konformität mit den Zielen des Glücksspielstaatsvertrags vorzunehmende vergleichende Betrachtung der bisherigen Gesetzestreue der Betreiber konkurrierender Bestandsspielhallen nur Verfehlungen einzubeziehen, die, sofern sie als Ordnungswidrigkeit mit einer 300 Euro übersteigenden Geldbuße bzw. als Straftat geahndet worden sind, im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung nicht mehr als fünf Jahre und im Übrigen nicht mehr als drei Jahre seit Eintritt der Rechtskraft zurückliegen. Bei Rechtsverstößen, die zwar als solche feststehen, aber - aus welchen Gründen auch immer - nicht zum Anlass eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens genommen wurden, dürfen im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung seit der Begehung des Rechtsverstößes in entsprechender Anwendung des § 153 Abs. 7 GewO nicht mehr als drei Jahre vergangen sein. In die Richtung der Maßgeblichkeit eines Zeitraums von drei Jahren für nicht geahndete Ordnungswidrigkeiten weist auch die Wertung des (Bundes-)Gesetzgebers, wonach die gewerberechtliche Regelvermutung der Unzuverlässigkeit infolge bestimmter gravierender Strafverurteilungen zwar nach den §§ 34 b Abs. 4 Nr. 1, 34 c Abs. 2 Nr. 1, 34 d Abs. 2 Nr. 1, 34 e Abs. 2 i. V. m. 34 d Abs. 2 Nr. 1, 34 f Abs. 2 Nr. 1 GewO hinsichtlich aller dort aufgeführten Gewerbe fünf Jahre beträgt, während nach den vorliegend sachnäheren §§ 33 i Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. 33 d Abs. 3 Satz 2 und 33 c Abs. 2 Nr. 1 GewO für die Betreiber von Spielhallen und gemäß § 33 c Abs. 2 Nr. 1 GewO für die Aufsteller von Geldspielgeräten nur eine Frist von drei Jahren gilt. Diese auf gravierende Straftaten bezogene Wertung legt es im Zusammenspiel mit dem hinsichtlich nicht eintragungspflichtiger Bußgeldentscheidungen nach drei Jahren greifenden Verwertungsverbot des § 153 Abs. 7 GewO nahe, dass nicht geahndete, aber in den Akten dokumentierte Verfehlungen nur in den Blick

²⁰ Landmann/Rohmer, GewO, Kommentar, Bd. 1, § 153 Rdnr. 9

genommen werden, wenn sie im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung nicht mehr als drei Jahre zurückliegen.

3.1.2.4 Die Anwendungshinweise der Fachaufsicht vom 26.10.2017 betreffend Auswahlentscheidungen unter dem Aspekt konkurrierender Anträge sind gemessen an Vorgesagtem zumindest unvollständig und lenken das Ermessen der Behörde einseitig in eine bestimmte Richtung, die dem Willen des Gesetzgebers und dem Gesetzesverständnis des Bundesverfassungsgerichts nicht gerecht wird.

Das Verwaltungsgericht hat zur Relevanz der Verwirklichung der Ziele des § 1 Abs. 1 SSpielhG ausgeführt,²¹ dass den Härtefallkriterien zwar nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durchaus erhebliches Gewicht beizumessen sei, dass dies aber nicht bedinge, dass bei Bejahung eines Härtefalls alle anderen Kriterien automatisch zurückzutreten hätten. Gesichtspunkte etwa des Jugend- oder Spielerschutzes, aber auch eine vergleichsweise höhere Zuverlässigkeit eines Betreibers usw. könnten bei einer Auswahlentscheidung im Vergleich zu den in § 12 Abs. 2 SSpielhG genannten Härtefallkriterien im Einzelfall vorzugswürdig sein mit der Folge, dass der vorzugswürdigen Spielhalle ungeachtet von Härtefallkriterien eine Erlaubnis zu erteilen wäre und dem Mitbewerber, der die Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 SSpielhG erfüllt, darüber hinaus eine befristete weitere Erlaubnis unter Befreiung von den Erfordernissen des § 3 Abs. 2 SSpielhG erteilt werden könne. Die Härtefallregelung diene vornehmlich der Wahrung individuellen Vertrauensschutzes und allenfalls mittelbar der Lösung von Interessenkollisionen.

Diese Argumentation scheint von der Fachaufsicht bei Erlass der Anwendungshinweise vom 26.10.2017 grundsätzlich missverstanden worden zu sein.

So heißt es in den Anwendungshinweisen, in der Auswahlentscheidung seien die im Spielhal lengesetz genannten Rahmenbedingungen und Kriterien maßgeblich zu berücksichtigen. Insbesondere seien folgende im Gesetz ausdrücklich benannten Aspekte heranzuziehen: Kanalisierung des Glücksspielangebotes in legale Spielangebote, Jugend- und Spielerschutz, Kriminalprävention, Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, Abwehr einer Gefährdung der Jugend, Abwehr der übermäßigen Ausnutzung des Spieltriebs, Schutz vor Geräuschemissionen (BImSchG), Schutz vor unzumutbaren Belästigungen für die Allgemeinheit, die Nachbarn bzw. einer im öffentlichen Interesse bestehenden Einrichtung. Ergänzend seien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundrechtsrelevante Vorbelastungen und der Gesichtspunkt der bestmöglichen Ausschöpfung der Standortkapazität heranzuziehen.

²¹ VG des Saarlandes, Beschluss vom 4.9.2017 – 1 L 1244/17 -, juris, Rdnrn. 29 f.

Die vom Bundesverfassungsgericht mit dem Zusatz „zunächst“ angeführte Möglichkeit einer Konturierung der Auswahlkriterien durch Rückgriff auf die Regelung zur Härtefallbefreiung findet in der Aufzählung der für die Auswahl heranzuziehenden Aspekte ebenso wenig Erwähnung wie die in der Gesetzesbegründung genannten Gesichtspunkte, die je nach Sachlage im Einzelfall in die Erwägungen einzustellen seien.

Dies legt die Annahme nahe, dass Härtefallgesichtspunkten nach (aktuellem) Dafürhalten der Fachaufsicht keine eigenständige Bedeutung (mehr) zukommen soll. Lediglich unter dem Stichwort „grundrechtsrelevante Vorbelastungen“, die „ergänzend“ zu berücksichtigen seien, heißt es, diese seien im Wesentlichen unter dem Aspekt der Härtefallregelungen nach § 12 SSpielhG zu betrachten, wobei grundrechtsrelevante Vorbelastungen auch unterhalb der Schwelle zum Härtefall bestehen könnten. Sodann werden die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts dahin interpretiert, dass unter dem Prüfpunkt „grundrechtsrelevante Vorbelastungen“ verschiedene Fragestellungen zu berücksichtigen seien, die wie folgt aufgelistet werden: Handelt es sich um einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb? Dauer der Tätigkeit? (Arg. § 29 Abs. 4 Satz 4 Hs. 2 GlüStV) Gibt es personelle und/oder gesellschaftsrechtliche Verflechtungen zu anderen Unternehmen im Spielhallenbereich? Wird lediglich eine einzelne Spielhalle betrieben? Ist das Unternehmen im Rahmen seiner ausgeübten Tätigkeit allein auf die vorhandene Spielhalle angewiesen? Abgesehen allenfalls von den letzten beiden Fragen erschließt sich nicht, inwiefern deren Beantwortung Aufschluss über eine Betroffenheit unter den Härtefallgesichtspunkten des § 12 Abs. 2 SSpielhG sollte geben können.

Damit setzen die Anwendungshinweise vom 26.10.2017 die Gesetzeslage allenfalls in Teilaspekten um und bieten dem Antragsgegner daher keine vollumfänglich belastbare Orientierungshilfe für die von ihm zu treffende Auswahl zwischen konkurrierenden Bestandsspielhallen.

3.1.3 Schließlich betont das Bundesverfassungsgericht das aus den Grundrechten hergeleitete Gebot der bestmöglichen Ausschöpfung der Standortkapazität. Auch ohne ausdrückliche gesetzgeberische Vorgabe zur Frage, von welchem Fixpunkt die Auswahlentscheidung auszugehen habe, sei die Behörde gehalten, sich eines Verteilmechanismus zu bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermögliche.

Zur Umsetzung dieser Vorgabe ist in den Anwendungshinweisen vom 26.10.2017 die Bildung sogenannter Cluster vorgesehen, die Aufschluss darüber geben sollen, ob innerhalb eines Radius von 500 m um eine Spielhalle konkurrierende Anträge gestellt werden. Diese Vorgabe und insbesondere ihre praktische Umsetzung in den Auswahlverfahren werden mit der Beschwerde nicht angegriffen. Damit erübrigen sich weitere Erwägungen hierzu.

3.1.4 Die anhand der vorstehend dargelegten Parameter zu treffende Auswahlentscheidung ist eine (nur) nach Maßgabe des § 114 VwGO der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegende Ermessensentscheidung der Behörde.

Ob einer Behörde bei ihrer Entscheidung Ermessen zusteht, muss aus dem anzuwendenden Gesetz durch Auslegung erschlossen werden. Die Formulierung „kann“ ist häufig ein Indiz für einen Ermessensspielraum.²² Da das Saarländische Spielhallengesetz das Auswahlverfahren in Konkurrenzsituationen zwischen Bestandsspielhallen, die zueinander den Mindestabstand von 500 m Luftlinie nicht einhalten, nicht ausdrücklich regelt, ist hinsichtlich der Frage, ob die behördliche Auswahlentscheidung der uneingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Prüfung unterliegt oder der Behörde ein Ermessensspielraum zusteht, auf den Zweck, den Sinnzusammenhang und die Vorgeschichte des Auswahlverfahrens abzustellen.²³

Allein das Fehlen einer näheren Normierung spricht bereits dafür, dass die zu treffende Auswahlentscheidung in das Ermessen der Behörde gestellt ist.²⁴ Dass dies der Fall ist, ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung: Dort heißt es unter Hinweis auf die komplexe Ausgangssituation insbesondere hinsichtlich miteinander konkurrierender Spielhallen, die die gesetzlichen Abstandsvoraussetzungen nicht erfüllen, und die einer weiteren Konkretisierung der Befreiungsvoraussetzungen entgegenstehe, in die Erwägungen könnten je nach Sachlage im Einzelfall der Zeitpunkt der Erlaubniserteilung, Art und Ausmaß getätigter Investitionen, konkrete Abschreibungsfristen, Zahlungsverpflichtungen und Laufzeiten aus Darlehens- oder Mietverträgen sowie konkrete Möglichkeiten anderweitiger Nutzungen etc. eingestellt werden. Ausweislich dieser Ausführungen hat der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen, die zur Auswahlentscheidung berufene Behörde durch eine abschließende Benennung oder gar Gewichtung von Auswahlkriterien gesetzlich zu binden, um ihr einen Entscheidungsspielraum zu belassen, in dessen Rahmen die Erlaubnisbehörde - wie für eine Ermessensentscheidung typisch - sachgerechte Kriterien wie die in der Gesetzesbegründung beispielhaft genannten je nach Sachlage im Einzelfall in ihre Erwägungen einzustellen und abzuwägen hat.

Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in dem Beschluss vom 7. März 2017 bestätigen diese Sichtweise. Das Bundesverfassungsgericht nennt die wesentlichen dem Saarländischen Spielhallengesetz zu entnehmenden Parameter der Auswahlentscheidung²⁵ und geht insoweit davon aus, dass der Gesetzgeber „die Bewältigung der vielgestaltigen Auswahlkonstellationen anhand sachgerechter Kriterien den zuständigen Behörden überlassen“ durfte,²⁶ welche eine komplexe Abwägungsentscheidung zu treffen habe, bei der sie „den genannten

²² Stuhlfauth in Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 6. Aufl., § 114 Rdnr. 6.

²³ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1BvR 1314/12 u.a. -, juris, Rdnr. 182.

²⁴ Kopp/Schenke, VwGO, 13. Auflage, § 114 Rdnr. 1 a.

²⁵ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a. -, juris, Rdnr. 184.

²⁶ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 a. a. O., juris-Rdnr. 185.

Rahmen“²⁷ - gemeint sind die zuvor angeführten Parameter der Auswahlentscheidung - beachten müsse. Damit wird der typische Vorgang einer Ermessensentscheidung beschrieben.

3.1.5 Ausgehend von den vorstehend dargelegten Erwägungen hält die vom Antragsgegner getroffene Auswahlentscheidung einer auf den in § 114 VwGO vorgegebenen Umfang beschränkten Rechtmäßigkeitsprüfung nicht stand. Zur Begründung seiner Auswahlentscheidung hat der Antragsgegner im Bescheid vom 17.11.2017 zunächst festgestellt, dass bezogen auf die Zeitpunkte der Erteilung der Erlaubnisse keine Auswahl zwischen den konkurrierenden Spielhallen in Betracht komme. Sodann ist ausgeführt, dass die Spielhalle in der T[...] S[...] 33 - 37 die einzige Spielhalle der M[...] [...] GmbH im Saarland sei, während die Antragstellerin zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des SSpielhG insgesamt 19 Spielhallen im Saarland betrieben habe, von denen sechs im Einklang mit den Vorschriften des SSpielhG hätten weiterbetrieben werden können. Im Zentrum der vom Antragsgegner getroffenen Auswahlentscheidung steht die über mehr als drei Seiten begründete Feststellung des Antragsgegners, in den Spielhallen der M[...] [...] GmbH seien eine deutlich geringere Anzahl und weniger gravierende spielhallenrechtliche Verstöße als in den Spielhallen der Antragstellerin festgestellt worden, und die M[...] [...] GmbH habe zudem auf Beanstandungsschreiben wesentlich einsichtiger reagiert, aufgezeigte Mängel deutlich schneller abgestellt und es sei prognostisch davon auszugehen, dass die M[...] [...] GmbH auch künftig wesentlich mehr als die Antragstellerin bereit sein werde, die gesetzlichen Regelungen umzusetzen.

Diese Begründung zeigt, dass dem Auswahlparameter der Härtefallgesichtspunkte nach § 12 Abs. 2 SSpielhG, auf die nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7.3.2017 zur Konturierung der Auswahlkriterien „zunächst“ zurückgegriffen werden kann,²⁸ indem das Ausmaß der jeweiligen Betroffenheit in der grundgesetzlich geschützten Berufsfreiheit ermittelt wird und jeweils in Relation zur Betroffenheit des Konkurrenten zu setzen ist, in der Entscheidungsbegründung kein eigenständiges Gewicht beigemessen wird. Der Feststellung, die ausgewählte Spielhalle sei die einzige der M[...] [...] GmbH, während die Antragstellerin über weitere Spielhallen verfüge, wird - dies hat auch das Verwaltungsgericht in seinem Beschluss vom 11.7.2018 festgestellt - in dem Bescheid ersichtlich nur eine untergeordnete, letztlich nicht entscheidungserhebliche Bedeutung eingeräumt. Die Anzahl der als Einnahmequelle verfügbaren Spielhallen eines an einem Auswahlverfahren teilnehmenden Spielhallenbetreibers kann im Übrigen sicherlich ein wesentliches Indiz für dessen wirtschaftliche Betroffenheit sein, sie ist aber bei weitem nicht das einzige Kriterium, anhand dessen das Ausmaß der jeweiligen wirtschaftlichen Betroffenheit der konkurrierenden Spielhallenbetreiber miteinander zu vergleichen ist. Eine vergleichende Betrachtung allein zur Anzahl der von den Konkurrenten jeweils insgesamt betriebenen Spielhallen sowie der ihnen erteilten Erlaubnisse zum

²⁷ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017, a. a. O. juris-Rdnr. 186.

²⁸ BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a. -, juris, Rdnr. 184.

Weiterbetrieb genügen den Anforderungen an eine Berücksichtigung des Auswahlparameters wirtschaftlicher Betroffenheit ersichtlich nicht.²⁹

Hiervon ausgehend kann der Feststellung des Verwaltungsgerichts, es könne davon ausgegangen werden, dass der Antragsgegner seiner Auswahlentscheidung sämtliche relevanten Auswahlkriterien zugrunde gelegt und eine wertende Betrachtung und Gewichtung aller maßgeblichen Umstände des konkreten Einzelfalls vorgenommen habe, nicht gefolgt werden. Die im angefochtenen Beschluss des Verwaltungsgerichts zum Ausdruck kommende Auffassung, der Antragsgegner habe sich in der Begründung seiner Auswahlentscheidung auf die im Einzelfall maßgeblichen Kriterien konzentrieren und sich darauf beschränken dürfen, nur die Belange aufzuführen, die letztlich den Ausschlag zugunsten des obsiegenden und zulasten des unterlegenen Bewerbers gegeben haben, ohne dass daraus geschlossen werden könne, dass andere nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bzw. nach den Anwendungshinweisen der Fachaufsicht maßgebliche Auswahlparameter nicht geprüft worden seien, wird dem aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Begründungserfordernis gerade in Bezug auf eine Ermessensentscheidung nicht gerecht. Bei der Ausübung des Ermessens sind alle für die Entscheidung maßgeblichen Belange einzubeziehen, zu gewichten und dahin gegeneinander abzuwägen, welche bevorzugt werden und welche zurückzutreten haben.³⁰ Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Inhalts der Behördenentscheidung und damit der Ermessensausübung sind vorrangig die in der Begründung der Entscheidung angegebenen Erwägungen heranzuziehen. Es spricht eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die vorhandene Begründung die maßgeblichen Erwägungen enthält. Dieses Begründungserfordernis soll dem Betroffenen die sachgerechte Wahrnehmung seiner Rechte und dem Gericht eine inhaltliche Überprüfung der Behördenentscheidung ermöglichen.³¹ Nach Maßgabe dieser Grundsätze kann der Annahme, der Antragsgegner habe grundrechtsrelevante Vorbelastungen der Mitbewerber entsprechend den Anwendungshinweisen der Fachaufsicht und entsprechend dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7.3.2017 geprüft, aber nicht für relevant erachtet, keine für das vorliegende Verfahren maßgebliche Bedeutung beigemessen werden.³² Dies gilt umso mehr, als der Antragsgegner offensichtlich der Ansicht ist, er habe mit der Würdigung der Anzahl der von den Konkurrenten insgesamt betriebenen Spielhallen die jeweilige wirtschaftliche Situation in ausreichendem Maße in den Blick genommen. In einem anderen Auswahlverfahren, welches nicht Gegenstand des vorliegenden Eilrechtsschutzverfahrens ist, hat der Antragsgegner gar die Auffassung vertreten, die mit einer Spielhallenschließung verbundenen wirtschaftlichen Einbußen und sonstigen Belastungen könnten regelmäßig eine Härte nicht begründen und nicht zu einem Erfolg im Auswahlverfahren führen, was Beleg dafür ist, dass der Antragsgegner Härtefallgesichtspunkte bei Auswahlentscheidungen zur Auflösung von Ab-

²⁹ Beschluss des Senats vom 13.12.2018 - 1 B 293/18 zur Veröffentlichung in juris vorgesehen.

³⁰ Stuhlfauth in Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 6. Aufl., § 114 Rdnr. 23.

³¹ Stuhlfauth in Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, a. a. O., § 114 Rdnr. 11.

³² Vgl. Beschluss des Senats vom 13.12.2018 - 1 B 311/18 -, zur Veröffentlichung in juris vorgesehen.

standskollisionen ausgeblendet hat.³³ Hinzu tritt, dass die Anwendungshinweise der Fachaufsicht vom 26.10.2017 ihrerseits - wie aufgezeigt - den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts in Bezug auf die Relevanz der Härtefallkriterien nicht gerecht werden.

Damit hat der Antragsgegner bezogen auf die Härtefallgesichtspunkte nach § 12 Abs. 2 SSpG ein für die Ermessensentscheidung wesentliches Auswahlkriterium außer Acht gelassen.

Eine in das Ermessen der Behörde gestellte Verwaltungsentscheidung, bei der wesentliche nach dem Zweck der Ermessensermächtigung für die Entscheidung relevante Gesichtspunkte unberücksichtigt geblieben sind, ist mit § 114 Satz 1 VwGO nicht vereinbar und daher (im Hauptsacheverfahren) aufzuheben.³⁴ Dies wird fallbezogen mangels jedweder Anhaltspunkte für eine Ermessensreduzierung auf Null in dem Sinne, dass allein eine Auswahlentscheidung zugunsten oder zuungunsten der Antragstellerin als einzig rechtmäßige Entscheidung in Betracht käme, zur Folge haben, dass der Antragsgegner eine erneute Auswahlentscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats treffen müssen, und bedeutet für das vorliegende Eilrechtsschutzverfahren, dass er vorläufig bis zu diesem Zeitpunkt den Weiterbetrieb der von der Antragstellerin präferierten Spielhalle zu dulden hat.

3.1.6 Bei dieser Sachlage kommt es für die Entscheidung über den Eilrechtsschutzantrag nicht mehr darauf an, ob den Ausführungen des Antragsgegners zur Bevorzugung der Betreiberin der ausgewählten Spielhalle unter dem Gesichtspunkt der Qualität der Betriebsführung - für sich betrachtet - gefolgt werden kann. Über dieses Auswahlkriterium wird der Antragsgegner unter maßgeblicher Berücksichtigung der vom Senat dargelegten Anforderungen zur Relevanz von Verstößen gegen das Spielhallengesetz in qualitativer und in zeitlicher Hinsicht ohnehin ebenfalls erneut zu entscheiden haben. Da der Zeitpunkt einer erneuten Auswahlentscheidung nicht absehbar ist, kann nach derzeitigem Erkenntnisstand insbesondere zur zeitlichen Relevanz der in Rede stehenden Rechtsverstöße keine tragfähige Aussage getroffen werden.

Hinsichtlich der erforderlichen Neubescheidung im Auswahlverfahren besteht mit Rücksicht auf die Ausführungen des Verwaltungsgerichts auf Seite 16, zweiter Absatz, des angefochtenen Beschlusses Anlass zu dem Hinweis, dass im Hinblick auf den Aspekt einer möglichen Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz im Falle einer juristischen Person als Betreiberin von Spielhallen allein auf die juristische Person und nicht auf dahinterstehende natürliche Personen - etwa auf den Geschäftsführer einer GmbH - abzustellen ist.³⁵

³³ Bescheid des Antragsgegners vom 8.12.2017, Gegenstand des Senatsbeschlusses vom 13.12.2018 - 1 B 248/18 -, zur Veröffentlichung in juris vorgesehen.

³⁴ BVerwG, Urteil vom 11.5.2016 - 10 C 8.15 -, juris, Rdnr. 13.

³⁵ Beschluss des Senats vom 13.12.2018 - 1 B 248/18 -, zur Veröffentlichung in juris vorgesehen.

3.2 Ein Anordnungsanspruch auf Duldung des Weiterbetriebs auch der nicht präferierten Einzelspielhalle der Antragstellerin in der T[...] S[...] 101 unter dem Gesichtspunkt des Bestehens eines Erlaubnisanspruchs unter Härtefallgesichtspunkten ist demgegenüber zu verneinen.

Dem Verwaltungsgericht ist zunächst darin zuzustimmen, dass der gesetzlichen Konzeption der §§ 2 und 12 SSpG zu entnehmen ist, dass die Behörde in Fällen, in denen mehrere Bestandsspielhallen, die zueinander den Mindestabstand von 500 m nicht einhalten und jeweils einen Antrag auf Erlaubnis zum Weiterbetrieb über den 3.6.2017 hinaus gestellt haben, zunächst eine Auswahlentscheidung zu treffen hat, diese Auswahlentscheidung mithin einer etwaig beantragten Härtefallentscheidung vorgelagert ist.³⁶ Für den Fall, dass einem Betreiber durch eine zu seinen Lasten ergehende Auswahlentscheidung ein ggfs. gleichheitswidriges Sonderopfer auferlegt würde, wird in der Gesetzesbegründung auf die Möglichkeit eines Dispenses nach Maßgabe des § 12 Abs. 2 Satz 1 SSpG verwiesen, die greifen soll, weil sonst eine durch erhebliche Eigenleistung erworbene eigentümergeleiche Rechtsposition entzogen würde. Erst wenn ein Spielhallenbetreiber im Auswahlverfahren bzw. in der inkludierten Dispensbetrachtung ohne Erfolg bleibt, ist über einen etwaig seinerseits gestellten Befreiungsantrag nach § 12 Abs. 2 Satz 1 SSpG zu entscheiden. Ist gleichzeitig eine Befreiung vom Verbundverbot beantragt, darf die auf das Abstandsgebot bezogene Prüfung nicht mit der Prüfung der strengeren Kriterien des § 12 Abs. 2 Satz 2 SSpG verquickt werden. Da eine Befreiung vom Verbundverbot denotwendig voraussetzt, dass eine der zugehörigen Einzelspielhallen eine reguläre Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 SSpG oder zumindest eine Befreiung vom Abstandsgebot beanspruchen kann, ist die diesbezügliche Rechtsprüfung nachgelagert.

Fallbezogen führt diese Prüfungssystematik zu folgender Betrachtung: Da die Antragstellerin - wie unter Gliederungspunkt 3.1.5 ausgeführt - bezüglich der von ihr präferierten Einzelspielhalle einen Anspruch auf erneute Durchführung des Auswahlverfahrens hat und insoweit mit ihrem Antrag auf weitere Duldung des Spielhallenbetriebs bis zu einer unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu treffenden neuen Auswahlentscheidung erfolgreich ist, stellt sich bezüglich dieser Spielhalle die Frage einer Befreiung vom Abstandsgebot (das Verbundverbot steht dem Weiterbetrieb dieser Einzelspielhalle ohnehin nicht entgegen) derzeit nicht. Der Antragsgegner wird eine Befreiung vom Abstandsgebot wegen unbilliger Härte hinsichtlich der präferierten Einzelspielhalle (erst bzw. nur dann) erneut zu prüfen haben, wenn die Antragstellerin in dem neuen Auswahlverfahren aufgrund einer ermessensfehlerfreien, der Rechtsauffassung des Senats Rechnung tragenden Auswahlentscheidung unterliegen sollte.

³⁶ VG des Saarlandes, Beschluss v. 4.9.2017 - 1 L 1244/17 -, juris, Rdnrn. 24 ff

Das Begehren, den Weiterbetrieb auch der zweiten - im baulichen Verbund mit der präferierten Spielhalle betriebenen - Einzelspielhalle der Antragstellerin zu dulden, kann demgegenüber nur dann Erfolg haben, wenn der Antragstellerin hinsichtlich dieser Spielhalle ein Anspruch auf Befreiung vom Verbundverbot wegen unbilliger Härte zuzuerkennen ist. In diesem Fall würde diese zweite Einzelspielhalle hinsichtlich der Abstands- und Auswahlproblematik das weitere rechtliche Schicksal der präferierten Einzelspielhalle teilen.

Der Antragstellerin steht hinsichtlich der nicht präferierten zweiten Einzelspielhalle in der T[...] S[...] 101 in [...] kein Anspruch auf Befreiung vom Verbundverbot nach Maßgabe des § 12 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Satz 1 SSpielhG zu. § 12 Abs. 2 Satz 2 SSpielhG knüpft an die für eine Befreiung vom Abstandsgebot geltenden Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 Satz 1 SSpielhG an und normiert für eine Befreiung vom Verbundverbot - zusätzlich - die in den Nrn. 1 und 2 genannten - gegenüber denjenigen einer Abstandsbefreiung strengeren - Voraussetzungen.

3.2.1. Dass die Antragstellerin die allgemeinen Erlaubnisvoraussetzungen, mithin die Anforderungen des § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 der Vorschrift erfüllt, steht außer Streit.

3.2.2 Im Sinn des Satzes 1 Nr. 2 darf ein Spielhallenbetreiber auf den Bestand der ursprünglichen nach § 33 i GewO erteilten Erlaubnis vertrauen, wenn diese entweder unbefristet oder befristet mit einer über den 3.6.2017 hinausreichenden Geltungsdauer erteilt war. Die gewerbliche Betätigung ist unter Abwägung mit öffentlichen Interessen und den Zielen des § 1 Abs. 1 schutzwürdig, soweit sie Dispositionen bzw. unternehmerische Entscheidungen zum Gegenstand hat, die zu einem Zeitpunkt erfolgt sind, zu dem noch auf den Fortbestand der Erlaubnis über den 3.6.2017 hinaus vertraut werden durfte, also vor dem 28.10.2011. Spätere Dispositionen sind in Kenntnis der bevorstehenden Rechtsänderung getroffen worden und daher in der Abwägung mit öffentlichen Interessen und den Zielen des § 1 Abs. 1 SSpielhG nicht mehr schutzwürdig.

Das Vertrauen der Antragstellerin in den Bestand der ihr am 8.11.2007 als unbefristete Erlaubnis nach § 33 i GewO erteilten Konzession ist unter Abwägung öffentlicher Interessen und der Ziele des § 1 Abs. 1 SSpielhG schutzwürdig. Dies gilt allerdings nicht, soweit die Antragstellerin nach Aktenlage während der fünfjährigen Übergangsfrist bezüglich des Standorts T[...] S[...] 101 in [...] neue Verbindlichkeiten eingegangen ist, die über diesen Zeitraum hinauswirken.

Abgesehen hiervon gilt in Bezug auf den Prüfpunkt unzumutbarer, noch aus vertrauensgeschützten Dispositionen herrührender Belastungen, dass § 12 Abs. 2 Satz 2 SSpielhG an die Schutzwürdigkeit des Vertrauens im Sinn der Nr. 2 zusätzliche Anforderungen stellt, die nicht glaubhaft gemacht sind.

So ist das Vertrauen nach Satz 2 der Vorschrift in der Regel nur schutzwürdig, wenn eine unbefristete Erlaubnis nach § 33 i GewO vor dem 28.10.2011 erteilt und in Anspruch genommen wurde (Satz 2 Nr. 1), was heißt, dass Gegenstand des Vertrauens nur eine unbefristet erteilte Erlaubnis sein kann und dass die Spielhalle am Stichtag bereits in Betrieb gewesen sein muss; weitere zusätzliche Voraussetzung ist, dass der Erlaubnisinhaber im Vertrauen auf die Erlaubnis Vermögensdispositionen getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann (Satz 2 Nr. 2). Damit ist bereits auf der Prüfungsebene der Schutzwürdigkeit eines betätigten Vertrauens erforderlich, dass die Dispositionen, die ohne die Befreiung entwertet würden, unter zumutbaren Umständen zum 3.6.2017 nicht rückgängig zu machen waren und auch im Nachhinein nicht mehr rückgängig zu machen sind. Gelingt dem Betreiber nicht, dies glaubhaft zu machen bzw. gegebenenfalls den entsprechenden Nachweis zu führen, so kommt es auf der Prüfebene des § 12 Abs. 2 SSpG auf die Höhe und Laufzeit der durch diese Dispositionen bedingten Verbindlichkeiten sowie auf die durch diese bewirkte wirtschaftliche Betroffenheit des Unternehmens nicht mehr an, d.h. eine Berücksichtigung der Dispositionen im Rahmen der Prüfung einer Härtefallbefreiung nach Maßgabe des § 12 Abs. 2 SSpG scheidet bereits mangels Schutzwürdigkeit des betätigten Vertrauens aus.

3.2.3 Des Weiteren muss die Befreiung gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 Nr. 3 SSpG zur Vermeidung einer unbilligen Härte erforderlich sein.

Zunächst reicht für die Annahme einer unbilligen Härte nicht aus, dass dem Betreiber im Fall der Versagung der Befreiung die Möglichkeit genommen wird, aus einer nicht mehr gesetzeskonformen Spielhalle künftig Einnahmen zu rekrutieren. Denn der durch § 3 Abs. 2 SSpG bewirkte Verlust einer Einnahmemöglichkeit ist keine atypische Folge der Umsetzung des Abstandsgebots oder des Verbundverbots, sondern eine unvermeidbare Konsequenz der Neuregelung, die dem Gesetzgeber bewusst war. Der Betreiber muss vielmehr über den Verlust von Gewinnerzielungsmöglichkeiten hinaus mit Belastungen infolge der Schließung konfrontiert sein, die ihm unter den Umständen des Einzelfalls ein Sonderopfer auferlegen, das ihm auch unter Berücksichtigung des Allgemeininteresses von seinem Ausmaß her ausnahmsweise nicht zumutbar ist.

Klarstellend ist ferner darauf hinzuweisen, dass sich die Relevanz des Vorhalts, es sei versäumt worden, den fünfjährigen Übergangszeitraum bis zum 3.6.2017 zur Umstrukturierung bzw. schonenden Abwicklung des Unternehmens zu nutzen, und schon wegen dieses Versäumnisses könne eine Härtefallbefreiung nicht beansprucht werden, danach bestimmt, ob Befreiung vom Abstandsgebot oder vom Verbundverbot begehrt wird.

Hinsichtlich eines Antrags auf Befreiung vom Abstandsgebot muss - die Relevanz dieses Vorhalts von vornherein einschränkend - in den Blick genommen werden, dass dieser überhaupt nur zur Entscheidung ansteht, wenn der betroffene Spielhallenbetreiber bei der vorgelagerten Auswahlentscheidung zwischen mehreren Bestandsspielhallen, die innerhalb eines Radius von 500 m gelegen sind und daher um die Erlaubnisfähigkeit nach neuem Recht konkurrieren, nicht zum Zuge gekommen ist. In diesem Zusammenhang ist zu sehen, dass das saarländische Landesrecht - anders etwa als § 9 Abs. 4 HmbSpielhG - die für die Auswahlentscheidung maßgeblichen Kriterien nicht ausdrücklich im Gesetz vorgibt und die entsprechenden und zudem - wie aufgezeigt - in weiten Teilen zu beanstandenden Anwendungshinweise erst unter dem 26.10.2017 ergangen sind. Überdies dürften einem Spielhallenbetreiber die auswahlrelevanten Verhältnisse konkurrierender Bestandsspielhallen, insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht, regelmäßig nicht bekannt gewesen sein.

Ein Spielhallenbetreiber konnte unter diesen Gegebenheiten im Fall einer Abstandskollision während des Fünfjahreszeitraums nicht annähernd verlässlich abschätzen, ob er oder ein Konkurrent nach Ablauf der Übergangsfrist eine reguläre Erlaubnis erhalten wird. Dies relativiert die Zumutbarkeit einer frühzeitigen Neuausrichtung, insbesondere in Gestalt einer schonenden Abwicklung einer Betriebsstätte, von vornherein. Grundsätzlich konnte jeder der Konkurrenten die Hoffnung hegen, schon im Rahmen der Auswahlentscheidung zum Zuge zu kommen und deshalb einer Härtefallbefreiung nicht zu bedürfen.

Anders verhält es sich bei der - wie oben dargelegt - fallbezogen allein in Betracht zu ziehenden Befreiung vom Verbundverbot, denn seit dem 28.10.2011 musste allen Betreibern einer Verbundspielhalle bewusst sein, dass sie für den Weiterbetrieb nach dem - durch den Ablauf der Übergangsfrist bedingten - Erlöschen ihrer Alterlaubnisse keine neue reguläre Spielhallerlaubnis mehr erhalten werden. Sie mussten daher einkalkulieren, dass ein Weiterbetrieb allenfalls im Wege einer Härtefallbefreiung möglich sein wird, und hatten daher - was im Übrigen auch die strenge Regelung des § 12 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SSpielhG rechtfertigt - schon während des fünfjährigen Übergangszeitraums Veranlassung, alle über den 3.6.2017 fortwirkenden und mit weiter zu bedienenden Verbindlichkeiten einhergehenden Dispositionen auf den Prüfstand zu stellen und sie möglichst an die bevorstehende Änderung der Rechtslage anzupassen.

Hieran knüpft die Rechtsprechung anderer Obergerichte³⁷ zu deren jeweiligen Landesrecht an. Nach dieser Rechtsprechung führt die Feststellung, dass ein eine Befreiung vom Verbundver-

³⁷ OVG Niedersachsen, Urteil vom 12.7.2018 - 11 LC 400/17 -, juris, Rdnrn. 69 f. und 79; Hamburgisches OVG, Beschluss vom 9.7.2018 - 4 Bs 12/18 -, juris, Rdnr. 118 f. (zur Befreiung vom Abstandsgebot); Hessischer VGH, Beschluss vom 12.6.2018 - 8 B 1903/17 -, juris, Rdnr. 42 f.; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 23.4.2018 - 1 M 31/18 -, juris; Thüringisches OVG, Beschluss vom 23.3.2018 - 3 EO 640/17

bot beantragender Spielhallenbetreiber nicht bereits in der Vergangenheit vorausschauend agiert hat, vielmehr davon abgesehen hat, den fünfjährigen Übergangszeitraum zu Umstrukturierungsmaßnahmen bzw. zu einer schonenden Abwicklung des Standorts zu nutzen, - ungeachtet einer etwaigen Gefährdung der Existenz des Unternehmens - zur Versagung der Befreiung, da die behauptete absehbar zu erwartende Härte in Gestalt der Insolvenz sich nicht als unvermeidbar und damit nicht als unbillig darstelle.

Diese Sichtweise lässt sich unter der Geltung des § 12 Abs. 3 SSpielhG nicht vorbehaltlos auf die im Saarland maßgebliche Rechtslage übertragen.³⁸

Im Saarland kann § 12 Abs. 3 SSpielhG den Weg zu einer Befreiung im Einzelfall ausnahmsweise auch dann ebnen, wenn zwar nicht alle Voraussetzungen eines Härtefalls, wie sie landesgesetzlich in § 12 Abs. 2 SSpielhG umrissen sind, vollständig erfüllt sind, der Spielhallenbetreiber aber zur Unterfütterung seines Befreiungsbegehrens realisierbare Umstrukturierungs- und/oder Neuausrichtungsvorstellungen entwickelt hat, mittels derer eine sonst erforderliche Schließung des Standorts und eine daraus folgende Gefährdung der Existenz des Unternehmens im Wege einer die Ziele des § 1 berücksichtigenden und daher möglichst zeitnahen Anpassung an das neue Recht abgewendet werden kann, indem anlässlich der Befreiungsentscheidung ein Konzept festgeschrieben wird, das eine gegebenenfalls schrittweise vorgesehene weitere Anpassung bereits fest einbindet. Dabei kommt der Sicherstellung einer möglichst zügigen Umsetzung des neuen Rechts im Rahmen der Abwägung der gegenläufigen Interessen besonderes Gewicht zu, wenn der Betreiber der Verbundspielhalle im Übergangszeitraum von vorausschauenden Maßnahmen zur Vermeidung künftiger Härten weitgehend oder gar gänzlich abgesehen hat.

Im Übrigen konzentriert sich die Relevanz bereits während des Fünfjahreszeitraums ergriffener Anpassungsmaßnahmen nach der Gesetzeslage im Saarland auf die Beantwortung der Frage, ob sich einzelne Verbindlichkeiten, die auf grundsätzlich schutzwürdige Dispositionen zurückgehen und über den Zeitpunkt 3.6.2017 hinaus fortbestehen, als unbillige Härte im Sinn des § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 bzw. Satz 2 Nr. 3 SSpielhG darstellen.

Geht es um die hiervon zu unterscheidende Frage, ob es wegen etwaig drohenden Verlustes der Existenzgrundlage für den Betreiber nur einer Spielhalle bzw. für den Betreiber mehrerer Spielhallen eine unbillige Härte ist, eine oder einige dieser Spielhallen anlässlich des Ablaufs der Übergangsfrist gleichzeitig zu schließen, so ist diese - wie ausgeführt - im Saarland im Lichte des § 12 Abs. 3 SSpielhG zu beantworten, der ein zukunftsorientiertes Modell, das

-, juris, Rdnr. 38 (zur Befreiung vom Abstandsgebot); Sächsisches OVG, Beschluss vom 7.12.2017 - 3 B 303/17 -, juris Rdnrn. 20 ff.

³⁸ Anders bisher: VG des Saarlandes, Beschlüsse vom 11.7.2018 - 1 L 736/18-, juris, Rdnrn. 54 ff., und vom 22.6.2018 - 1 L 722/18 -, juris, Rdnr. 43.

eine Berücksichtigung bis zum 31.12.2016 vorgeschlagener Anpassungsmaßnahmen, die nach dem 3.6.2017 umgesetzt werden sollen, im Rahmen der Billigkeitsprüfung zulässt.

Ergänzend sei angemerkt, dass der eingangs der Anwendungshinweise vom 7.6.2016 „Übergangsregelung und Härtefallklausel“ zitierten Entscheidung des Senats³⁹ nichts Gegenteiliges zu entnehmen ist. Dort heißt es, der Gesetzgeber habe mit der Fünfjahresfrist und der Härtefallregelung einen großzügigen Übergangsrahmen zur Verfügung gestellt, den die Spielhallenbetreiber auch zur Umstrukturierung ihrer Betriebe nutzen könnten. Dies schließt ein, dass Zeiten, in denen eine Härtefallregelung in Betracht kommt, für die also eine befristete Befreiung möglich sein mag, von dem erwähnten Übergangsrahmen, der zu Umstrukturierungen genutzt werden kann, umfasst sind. Von einer Rechtspflicht zu Umstrukturierungsmaßnahmen während der Fünfjahresfrist, deren Erfüllung Voraussetzung jedweder nachfolgenden Befreiung nach Maßgabe des § 12 Abs. 2 SSpielhG sein könnte, ist keine Rede.

3.2.4 Hiervon ausgehend sind bereits vertrauensgeschützte Dispositionen der Antragstellerin, die eine mit der Ablehnung der begehrten Befreiung verbundene unbillige Härte begründen könnten, nicht ersichtlich.

Die laufenden Verpflichtungen der Antragstellerin aus dem die Betriebsräume in der T[...] S[...] 101 betreffenden Mietvertrag haben insoweit außer Betracht zu bleiben. Mit Recht ist in dem angefochtenen Bescheid vom 17.11.2017 diesbezüglich darauf hingewiesen, dass der Mietvertrag vom 1.2.2009 mit einer fünfjährigen Vertragslaufzeit abgeschlossen wurde. Zugleich wurde vereinbart, dass sich die Vertragslaufzeit um jeweils weitere fünf Jahre verlängert, wenn nicht eine Vertragspartei mindestens 12 Monate vor dem Ende der Mietvertragsdauer der Verlängerung widerspricht. Demgemäß hätte die Antragstellerin den Mietvertrag bereits zum 31.1.2014 zum Auslaufen bringen können. Stattdessen hat sie - in Kenntnis des bevorstehenden Erlöschens ihrer Spielhallenerlaubnis zum 3.6.2017 - mit Nachtrag vom 25.11.2014 eine neue langfristige Mietdauer bis zum 1.1.2024 vereinbart. Diese Disposition genießt daher keinen Vertrauensschutz. Dem kann die Antragstellerin nicht mit Erfolg entgegenhalten, die Grundlaufzeit des Mietvertrags von fünf Jahren hätte nicht ausgereicht, um die vor dem 28.10.2011 in den Standort getätigten Investitionen zurückzuerdienen. Zum einen hat die Antragstellerin nicht dargelegt, um welche vor dem 28.10.2011 erfolgten und noch nicht amortisierten Investitionen es sich konkret handelt. Zum anderen ist weder vorgetragen noch sonst erkennbar, aus welchen Gründen die Antragstellerin gehindert gewesen wäre, die Mietvertragsdauer dem Ende der fünfjährigen Übergangsfrist anzupassen, also eine Vertragslaufzeit bis zum 3.6.2017 zu vereinbaren. Dies gilt umso mehr, als es sich bei dem Vermieter der Betriebsräume um den Geschäftsführer der Antragstellerin handelt.

³⁹ OVG des Saarlandes, Beschluss vom 1.2.2014 – 1 B 476/13 -, juris, Rdnr. 20

Sonstige vertrauensgeschützte Dispositionen in den Standort T[...] S[...] 101 sind von der Antragstellerin - hierauf hat das Verwaltungsgericht zutreffend hingewiesen - nicht konkret benannt und auch im Beschwerdeverfahren nicht substantiiert dargelegt worden. Hinzu kommt, dass hinsichtlich vor dem 28.10.2011 getätigter Investitionen in den Standort der Umstand, dass diese zum 3.6.2017 noch nicht vollständig abgeschrieben sind, jedenfalls dann nicht zur Begründung einer unbilligen Härte ausreicht, wenn am betreffenden Standort bereits Gewinne erwirtschaftet worden sind, die die noch nicht abgeschriebenen Investitionen deutlich übersteigen. Nach dem von der Antragstellerin vorgelegten Bericht zur Wirtschaftsprüferbescheinigung beliefen sich die gerundeten Umsatzerlöse allein des Jahres 2015 am Standort T[...] S[...] 101 in [...] auf insgesamt 771.170,00 €. Dass bezogen auf die beiden dem Verbund zugehörigen Spielhallen der Antragstellerin zum Stichtag 3.6.2017 nicht abgeschriebene Investitionen den vorgenannten Betrag auch nur annähernd erreicht hätten, ist weder dargelegt, noch sonst ersichtlich.

Fortbestehende Rückzahlungsverpflichtungen werden in Bezug auf den Standort T[...] S[...] 101 in [...] nicht behauptet und im Bericht zur Wirtschaftsprüferbescheinigung werden unter der Überschrift „Langfristige Verpflichtungen“ ungeachtet der einführenden Erläuterung (unter anderem Kredite) keine weiterzubedienenden Darlehensverbindlichkeiten benannt.

Vertrauensgeschützte Dispositionen, die einen Weiterbetrieb der zweiten, nicht präferierten Einzelspielhalle unter Härtegesichtspunkten rechtfertigen könnten, sind nach alledem schon nicht erkennbar.

Im Übrigen ist auch nicht dargetan, dass die behauptete Existenzgefährdung, die als Folge einer Schließung des Standorts zu befürchten sei, nicht durch zumutbare Maßnahmen der Geschäftsführung hätte vermieden werden können.

Die Bekundungen der Antragstellerin zu ihren wirtschaftlichen Verhältnissen und der zur Untermauerung ihrer Angaben vorgelegte Bericht zur Wirtschaftsprüferbescheinigung vom 15.12.2016 erlauben nicht einmal die Schlussfolgerung, die für den Fall der Versagung aller für verschiedene Standorte beantragten Befreiungen behauptete Bedrohung des Unternehmens in Gestalt einer voraussichtlich im Jahr 2018 zu erwartenden Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens stelle sich als unbillige Härte dar.

Zunächst basiert die Argumentation der Antragstellerin auf der Annahme, dass ihr nach dem 3.6.2017 nur die sechs von ihren derzeit 15 Spielhallen verblieben, die nach neuem Recht erlaubnisfähig seien (Bericht zur Wirtschaftsprüferbescheinigung, Seite 26). Die unter 4.4.3 der Anwendungshinweise vom 7.6.2016 erfragte Prognose der Auswirkungen einer Schließung des Standorts - hier: T[...] S[...] 101 in [...] - hat die Antragstellerin mit der Begründung, eine solche sei vor dem Hintergrund untereinander vorherrschender wechselseitiger Bezie-

hungen und Synergien nicht sachgerecht möglich, abgelehnt. Die einzelnen Betriebsteile seien immer im Gesamtkontext zu betrachten, da nur so ein tatsächliches Bild der wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens ersichtlich werde (Bericht zur Wirtschaftsprüferbescheinigung, Seite 32). Diese Ausführungen helfen indes bei der fallbezogen notwendigen Einzelbeurteilung der wirtschaftlichen Betroffenheit infolge einer vollständigen oder teilweisen Schließung gerade dieses Standorts nicht weiter, was mit der Antragstellerin heimgehen muss.

Dasselbe gilt hinsichtlich der vom Antragsgegner beanstandeten vollständigen Ausschüttung des zum 31.12.2016 erwirtschafteten Bilanzgewinns in Höhe von 2.895.480,03 Euro, der in den Jahren von 2012 bis 2015 Gewinnausschüttungen in Höhe von insgesamt 6.002.759,95 Euro vorangegangen sind. Die Beteiligten streiten darüber, ob die Antragstellerin mit Blick auf die mit dem Wirksamwerden des Abstandsgebots und des Verbundverbots zum 1.7.2017 einhergehenden Unwägbarkeiten bezüglich des weiteren Bestands mehrerer Betriebsstätten gehalten gewesen wäre, den zur Ausschüttung vorgesehenen Gewinn des Jahres 2016 zumindest teilweise zur Erhöhung der Rückstellungen und damit zur Erhaltung der Liquidität des Unternehmens zu verwenden.

Insoweit mag der Antragstellerin zwar darin zu folgen sein, dass weder gesellschaftsrechtliche Vorgaben noch das handelsrechtliche Gebot, mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu agieren, sie verpflichten konnten, von grundsätzlich zulässigen Gewinnausschüttungen abzusehen. Dies ändert indes nichts daran, dass sie wie jeder Kaufmann für die Folgerungen, die durch ihr Handeln - hier in Gestalt der in Kenntnis der Unwägbarkeiten gefassten Gesellschafterbeschlüsse - ausgelöst werden, allein verantwortlich ist. Angesichts dessen kann ihr im Rahmen der Billigkeitsprüfung entgegengehalten werden, dass ihr die Alternative einer nur anteiligen Ausschüttung offen stand und der mit der vollständigen Ausschüttung einhergehende Abzug liquider Mitteln angesichts der vorbezeichneten Unwägbarkeiten in besonderem Maße risikobehaftet war. Realisiert sich das bewusst eingegangene Risiko später, so ist ihr der Einwand, die hierdurch bedingten Nachteile stellten sich für sie als unbillige Härte dar, abgeschnitten.

Die Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 Satz 2 SSpG für eine Befreiung vom Verbundverbot hinsichtlich der von der Antragstellerin nicht präferierten Einzelspielhalle in der T[...] S[...] 101 in [...] liegen nach alledem nicht vor.

3.2.5 § 12 Abs. 3 SSpG vermag die begehrte Befreiung vom Abstandsgebot unter den fallbezogen maßgeblichen Umständen ebenfalls nicht zu rechtfertigen.

Wenngleich die Antragstellerin in ihrer Beschwerdebeurteilung diese Vorschrift nicht ausdrücklich benennt und eine unterbliebene Anwendung dieser Vorschrift nicht rügt, gehört sie

dennoch zum maßgeblichen Prüfprogramm, da weite Teile des Vorbringens der Antragstellerin dem Anwendungsbereich der Vorschrift zuzuordnen sind.

Diese Vorschrift, die - soweit ersichtlich - in ihrer konkreten Ausgestaltung bundesweit kein Pendant findet,⁴⁰ gibt vor, dass die Behörde zur besseren Erreichung der Ziele des § 1 Abs. 1 im Zusammenhang mit der Erteilung einer Befreiung nach Absatz 2, also in Bezug auf den Zeitraum ab dem 1.7.2017, die Vorlage und Umsetzung von Konzepten verlangen kann, die für die Zeit nach Ablauf der Übergangsfrist des Absatzes 1, also ab dem 1.7.2017, konkrete Maßnahmen zur weiteren Anpassung des Betriebs der Spielhalle an die Erlaubnisvoraussetzungen vorsehen, die konkrete Maßnahmen zum Rückbau umfassen können. Die nach den Gliederungspunkten 4.4.2 und 4.4.3 der Anwendungshinweise der Fachaufsicht vom 7.6.2016 im Zusammenhang mit der Stellung eines Befreiungsantrags von den Spielhallenbetreibern zu beantwortenden Fragen betreffen Informationen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens und für den Fall, dass durch die Umsetzung des neuen Rechts aus Sicht des Betreibers eine existenzbedrohende Entwicklung des Unternehmens in Gang gesetzt wird, die Darlegung seiner Vorstellungen zu den Möglichkeiten, dieser Entwicklung durch eine verzögerte/schrittweise Anpassung an das neue Recht entgegenzuwirken. Diese mit dem Befreiungsantrag vorzulegenden Informationen sind im Rahmen der Anwendung des § 12 Abs. 3 SSpG von Relevanz.

Klarstellend sei angemerkt, dass der gesetzlichen Formulierung „im Zusammenhang mit der Erteilung einer Befreiung“ nicht entnommen werden kann, dass die Vorschrift nur zur Anwendung gelangen soll, wenn ohnehin alle tatbestandsmäßigen Voraussetzungen einer Befreiung erfüllt sind. Diesem Verständnis der Vorschrift stünde die Gesetzesbegründung entgegen. Dort wird der Stellenwert, der Absatz 3 im Befreiungsverfahren zukommen soll, mit der Formulierung umschrieben, die Tatsache, dass Befreiungen bei Vorlage und Umsetzung der vorgenannten Konzepte erteilt werden können, ermögliche als Kompromisslösung insbesondere auch die Berücksichtigung der Interessen mittelständischer und kleinerer Spielhallenbetreiber. Gleichzeitig könnten Schließungen im Einzelfall vermieden werden, ohne die Zielsetzung der Reduzierung des von Spielhallen ausgehenden Suchtgefährdungspotentials in Frage zu stellen.

Der aufgezeigte Zweck, Kompromisslösungen zu ermöglichen, inkludiert, dass Befreiungen im Einzelfall auch bei nicht vollständiger Erfüllung aller Härtekriterien erteilt werden können, sofern die Voraussetzungen der Vorschrift erfüllt sind, also die im Befreiungsantrag entwickelten Vorstellungen zur Anpassung des Spielhallenbetriebs an das neue Recht nicht nur die

⁴⁰ Ähnlich die Regelung in Art. 12 AG GlüStV Bayern: Befreiung vom Verbundverbot nur, wenn unter anderem ein Konzept zur weiteren Anpassung vorgelegt wird.

wirtschaftliche Betroffenheit des Spielhallenbetreibers im Blick haben, sondern insbesondere auch dem Anliegen einer zeitnahen Erreichung der Ziele des § 1 Absatz 1 dienlich sind.

Von der Option, Konzepte anzufordern und zu berücksichtigen, ist - wie bereits angesprochen - in den Anwendungshinweisen vom 7.6.2016 Gebrauch gemacht. Ausweislich deren Gliederungspunkt 2.5.2 ist mit der Beantragung einer Befreiung - gemäß § 12 Abs. 5 SSpiehlhG auf Kosten des Antragstellers - die Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens vorzulegen. Diese soll unter anderem bereits ergriffene Maßnahmen darstellen (4.4.2 der Anwendungshinweise), eine Fortbestehensprognose für das Unternehmen im Fall der Betriebsschließung enthalten, sich mit den Möglichkeiten und dem zeitlichen Rahmen einer geordneten Abwicklung des Unternehmens befassen und gegebenenfalls darlegen, ob bei einem befristeten Weiterbetrieb noch eine geordnete Abwicklung möglich wäre; wird diese Möglichkeit seitens des Betreibers bejaht, so hat er seine Einschätzung mit Angaben zu den Fragen „wie lange und wie viele Spielhallen im Zeitraum von wieviel Jahren (maximal fünf)“ zu unterfüttern (4.4.3 der Anwendungshinweise). Hiernach oblag es jedem Spielhallenbetreiber, anlässlich eines Befreiungsantrags die wirtschaftlichen Umstände seines Unternehmens binnen der Antragsfrist offen zu legen und darzutun, in welchem Umfang und für welchen Zeitraum er eine - gegebenenfalls schrittweise - Befreiung, mit deren Hilfe eine schonende, aber möglichst zeitnahe Anpassung des Unternehmens an das neue Spielhallenrecht vollzogen werden soll, begehrt. Demgemäß war ein eine Befreiung beantragender Spielhallenbetreiber gehalten, im Zusammenhang mit seinem Befreiungsantrag, also binnen der in § 12 Abs. 1 Satz 2 SSpiehlhG bezeichneten Frist, tatsächengestützte und realisierbare Vorstellungen zu entwickeln, die eine Grundlage für ein tragfähiges Konzept im Sinn des § 12 Abs. 3 SSpiehlhG bieten.

Die in der Wirtschaftsprüferbescheinigung dargestellten Vorstellungen der Antragstellerin betreffend konkrete Maßnahmen des Gesamtunternehmens zur Anpassung des Betriebs der Spielhallen an die neuen Erlaubnisvoraussetzungen werden diesen Anforderungen nicht gerecht. Sie weisen folgende Eckpunkte auf:

(1) 28.11.2016 und zwei in L[...] (Doppelspielhalle) zum 3.6.2017 nicht mehr von der Antragstellerin weiterbetrieben. Betroffen sind jeweils erlaubnisfähige Standorte, die keinen durch das Abstandsgebot bedingten Einschränkungen unterliegen. An beiden Standorten sind mit entsprechenden Erlaubnissen von einer anderen GmbH, deren Geschäftsführer personenidentisch mit dem Geschäftsführer der Antragstellerin ist, neue Einzelspielhallen eröffnet worden. Die Anzahl der Geldspielgeräte wurde in M[...] um acht und in L[...] um vier Geräte reduziert.

(2) Hinsichtlich der zwei Spielhallen in E[...] und F [...], die weder mit dem Abstandsgebot noch mit dem Verbundverbot kollidieren, wird von der Erteilung einer Erlaubnis ausgegangen. Ein Weiterbetrieb durch die Antragstellerin ist beabsichtigt.

(3) Hinsichtlich der verbleibenden 13 Spielhallen werden Befreiungsanträge gestellt, wobei die Abstandskollisionen teilweise eigene Spielhallen betreffen. Laut Antrag und Wirtschaftsprüferbescheinigung sollen alle 13 Spielhallen weiter betrieben werden. Unter Hinweis auf eine fiktiv erstellte Liquidationsbilanz zum 3.6.2017 trägt die Antragstellerin vor, das Unternehmen würde bei Einstellung des Spielbetriebs in diesen 13 Betriebsstätten im Jahr 2018 zahlungsunfähig. Es bedürfe hinsichtlich aller Betriebsstätten einer Befreiung bis Ende 2022.

(4) Die Antragstellerin führt ferner aus, einen ganzen Maßnahmenkatalog vollzogen zu haben. Unter anderem sei die Expansion eingestellt worden, keine Bankkredite oder ähnliche Verbindlichkeiten mit hohen Restlaufzeiten abgeschlossen und, wenn möglich, Leasingverträge von Geldspielgeräten nicht verlängert bzw. Wirtschaftsgüter nur noch geleast statt gekauft worden, um eine Erhöhung des Anlagevermögens zu verhindern. Die Veränderungen in L[...] und M[...] hätten eine Abschmelzung der bisher 19 Konzessionen auf 15 bewirkt und stellten einen geordneten Anpassungsprozess sicher. Weitere Schließungen seien unternehmensgefährdend.

(5) Ausweislich der fiktiven Liquidationsbilanz sind in diese Rückstellungen für trotz Schließungen fortbestehende Mietverpflichtungen in Höhe von 1.125.936,38 Euro und für Rückbauverpflichtungen in Höhe von 460.560 Euro eingestellt und im Übrigen ist eine vollständige Ausschüttung der bis zum Stichtag 3.6.2017 erwirtschafteten Gewinne an die Gesellschafter vorgesehen. Dabei handelt es sich um einen Bilanzgewinn in Höhe von 2.895.480,03 Euro aus dem Jahresabschluss zum 31.12.2016, dessen beabsichtigter Ausschüttung zum 3.6.2017 in den Jahren 2012 bis 2015 Gewinnausschüttungen in Höhe von insgesamt 6.002.759,95 Euro vorangegangen sind.

Diese Eckpunkte sind nicht geeignet, in Anwendung des § 12 Abs. 3 SSpielhG eine ausnahmsweise Befreiung des Standorts T[...] S[...] 101 in [...] (Konzession II) vom Verbundverbot auszusprechen.

Soweit der Antragsgegner bemängelt, die Antragstellerin sei während des fünfjährigen Übergangszeitraums nicht ausreichend um eine Umstrukturierung ihres Unternehmens bemüht gewesen, habe etwa weder den Fuhrpark, die Verwaltungskosten, die Reise- und Vertriebskosten noch das Geschäftsführergehalt verringert, ist allerdings festzustellen, dass eine Verpflichtung zu derartigen Maßnahmen durch das Spielhallengesetz nicht begründet wird, und weder aufgezeigt noch naheliegend ist, dass dies Maßnahmen wären, die dem Unternehmen unter dem Stichwort einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung abverlangt werden könnten. Denn letzteres würde zumindest voraussetzen, dass diesbezüglich hinsichtlich der Vergangenheit bei einer betriebswirtschaftlichen Betrachtung ein übertriebener Kostenaufwand feststände.

Die Argumentation des Antragsgegners, die Veränderungen in L[...] und M[...] seien als Umstrukturierungsmaßnahmen nicht relevant, weil der Geschäftsführer der GmbH, der die dort neu entstandenen Spielhallen betreibt, mit dem Geschäftsführer der Antragstellerin identisch ist, verfängt jedenfalls mit dieser Begründung nicht.

Auf eine Anpassung an das neue Recht zielende Konzepte im Sinn des § 12 Abs. 3 SSpielhG müssen sich bei Unternehmen, die mehr als eine Spielhalle betreiben, naturgemäß auf eine Neuausrichtung des Gesamtunternehmens beziehen. Auch ihre Effizienz ist unternehmensbezogen zu beurteilen. Dies setzt der Betrachtung sowohl im Verhältnis zu einzelnen Betriebsstätten des Unternehmens als auch in Bezug auf andere Marktteilnehmer Grenzen.

Es mag sein, dass die Antragstellerin sich gerade von diesen beiden Standorten getrennt hat, weil sie in Bezug auf Einzelspielhallen erlaubnisfähig waren und dies einerseits ihrem Geschäftsführer ein neues Standbein verschaffen konnte und andererseits im Rahmen der hinsichtlich weiterer Betriebsstätten beabsichtigten Befreiungsanträge als eine Art „freiwillige Vorleistung“ in das notwendige Konzept eingestellt werden sollte. Eine derartige Motivation würde aber rechtlich nichts daran ändern, dass die neue GmbH eine selbständige juristische Person ist, die dem Unternehmen der Antragstellerin nicht angegliedert ist. Auch ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot des § 10 SSpielhG ist nicht festzustellen, da nicht ersichtlich ist, welcher nach dem Spielhallengesetz bestehenden Verpflichtung sich die Antragstellerin entledigt haben könnte.

Allerdings ist besagte Maßnahme gemessen an der Verwirklichung der Ziele des Spielhallengesetzes, der ein Konzept nach § 12 Abs. 3 SSpielhG - unter gleichzeitiger Berücksichtigung schutzwürdiger Belange des Spielhallenbetreibers - zu dienen bestimmt ist, ohne nennenswerte Effizienz.

Die Antragstellerin hat sich von zwei erlaubnisfähigen Standorten getrennt mit der vorhersehbaren Konsequenz, dass dort durch einen neuen Betreiber neue Spielstätten eröffnet worden sind. Dass sie damit ihr Unternehmen verkleinert hat und im Übrigen für sich reklamiert, jegliche Expansion eingestellt zu haben, ist im Sinn des Spielhallengesetzes nicht zielführend, denn das Gesetz strebt nicht an, Unternehmen auf möglichst wenige Standorte zu reduzieren, sondern nur solche Standorte beizubehalten, die weder mit dem Abstandsgebot noch mit dem Verbundverbot kollidieren. Die Verwirklichung dieses Ziels wird nicht dadurch begünstigt, dass die Antragstellerin diese Spielstätten aufgegeben hat. Die spielhallenrechtlich relevante Verminderung der Anzahl der Geldspielgeräte in L[...] und M[...] um insgesamt 12 Geräte kann ebenfalls nicht zugunsten der Antragstellerin verbucht werden, da diese nicht Betreiberin der neuen Spielstätten ist. Ein Beitrag einer anderen - nicht im Sinn des § 61 VwGO am

gegenständlichen Verfahren beteiligten - juristischen Person zur Verwirklichung der Ziele des neuen Rechts kann der Antragstellerin nicht zum Vorteil gereichen.

Das weitere Konzept der Antragstellerin reduziert sich auf die These, dass alle 13 nicht erlaubniskonformen Spielhallen bis Ende 2022, also aus Sicht Ende 2016 um weitere fünfeneinhalb Jahre, fortgeführt werden müssten, um den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit im Jahr 2018 zu vermeiden. Insbesondere könne der Antragstellerin nicht abverlangt werden, von gesellschaftsrechtlich zulässigen Gewinnausschüttungen abzusehen, um ihre liquiden Mittel zu erhöhen.

Dass ein solches Konzept, das auf eine vollständige Gewinnabschöpfung und eine verlustfreie Abwicklung aller nicht mehr erlaubnisfähigen Betriebsstätten ausgerichtet ist und die durch das neue Recht verfolgten Belange nicht ansatzweise in den Blick nimmt, den Anforderungen des § 12 Abs. 3 SSpiehlG nicht gerecht werden kann, liegt auf der Hand. Die Sichtweise der Antragstellerin blendet aus, dass die von ihr zu entwickelnden Eckpunkte zur Erstellung eines tragfähigen Konzepts nicht nur potentielle Grundlage eines ihre Belange berücksichtigenden Verhältnismäßigkeitsausgleichs im Einzelfall sein sollen, sondern nach § 12 Abs. 3 SSpiehlG gleichzeitig der besseren Erreichung der Ziele des § 1 Absatz 1 SSpiehlG dienen müssen.

Der Feststellung der Ungeeignetheit des angestrebten Konzepts lässt sich nicht entgegengehalten, Ende 2016 sei nicht absehbar gewesen, was genau als Voraussetzung einer Befreiung verlangt werde. Die vorstehende Argumentation basiert auf dem Gesetzestext, der Gesetzesbegründung und den Zielen des Gesetzes. Dass die Behörde ein nach Maßgabe des § 12 Abs. 3 SSpiehlG erstelltes Konzept zur Anpassung an das neue Recht verlangen kann, steht seit Inkrafttreten des Gesetzes zum 1.7.2012 fest. Die eine Wirtschaftsprüferbescheinigung vorsehenden und deren Inhalte fixierenden Anwendungshinweise sind bereits unter dem 7.6.2016 ergangen. Dass das vorgeschlagene Anpassungskonzept, das sich darin erschöpft, die Gewinnmöglichkeiten aus dem Unternehmensbestand zum 1.7.2017 - ohne schrittweise Anpassungen an das neue Recht - weitere fünfeneinhalb Jahre vollumfänglich ausnutzen zu können, versagen muss, hätte zur Zeit der Antragstellung im Dezember 2016 erkannt werden müssen.

Mithin kann die Antragstellerin von den Erleichterungen des § 12 Abs. 3 SSpiehlG nicht profitieren. Ihr Konzept zur Anpassung ihres Unternehmens an die geänderte Rechtslage rechtfertigt die beantragte Befreiung vom Verbundverbot nicht.

4. Schließlich wendet die Antragstellerin gegen die Abwicklungsfrist von rund sechs Monaten ohne Erfolg ein, deren Bewertung als großzügig, begegne Zweifeln.

Eine Frist zur Abwicklung eines Spielhallenbetriebs muss nicht großzügig, sondern ausreichend bemessen sein. Sie muss lange genug sein, um das Notwendige, insbesondere im Ver-

hältnis zu den Arbeitnehmern und den sonstigen Vertragspartnern veranlassen zu können. Dabei fließt in die Angemessenheitsprüfung ein, dass die Konfrontation mit der Situation, den Betrieb nach einem erfolglosen Befreiungsantrag abwickeln zu müssen, die Antragstellerin keineswegs unerwartet treffen konnte, sie diese Möglichkeit vielmehr seit geraumer Zeit in ihre Dispositionen einstellen musste. Dass eine Frist von sechs Monaten gemessen hieran nicht ausreichend sein könnte, behauptet die Antragstellerin selbst nicht.

Über die Beschwerde war daher wie erkannt zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf den §§ 63 Abs. 2, 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG. Insoweit folgt der Senat der Begründung im erstinstanzlichen Beschluss.

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar.