

VGH Bayern, Beschl. v. 5.10.2021 – 23 ZB 21.2038

Erteilung glücksspielrechtlicher Spielhallenerlaubnisse unterliegt nicht dem Vergaberecht

(VG Ansbach, Urt. v. 18.5.2021 - AN 15 K 18.2403)

§ 24, § 25 GlüStV; § 105, § 155, § 156, § 158 GWB

Die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle unterliegt nicht den Vorgaben des förmlichen Vergaberechts im Sinne des GWB. Sie kann einer Dienstleistungskonzession nicht gleichgestellt werden, sondern stellt eine behördliche Maßnahme zur Regulierung der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit dar.

Das Mindestabstandsgebot führt nicht dazu, dass die glücksspielrechtliche Erlaubnis die Qualität eines kontingentierten und damit ausschließlichen Verwertungsrechts erhält, da Spielhallen sowie mögliche Standorte für deren Betrieb weiterhin in großer Zahl vorhanden sind.

Der landesrechtliche Erlaubnisvorbehalt für Spielhallen ist mit dem Transparenzgrundsatz vereinbar, weil die Erlaubnisse aufgrund objektiver, nichtdiskriminierender und im Voraus bekannter Kriterien erteilt werden.

Das gewerbliche Automatenenspiel stellt keinen unionsrechtlich harmonisierten Bereich dar, so dass das europäische Vergaberecht hierauf keine Anwendung findet.

(Ls. d. Red.)

Aus den Gründen:

Der Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg.

I. Die innerhalb der Rechtsmittelbegründungsfrist geltend gemachten Zulassungsgründe nach § 124 Abs. 2 Nr. 1, 2 und 3 VwGO sind nicht im Sinne von § 124 a Abs. 4 Satz 4 VwGO dargelegt bzw. liegen nicht vor.

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils des Verwaltungsgerichts im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO sind zu bejahen, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt wird

und die Zweifel an der Richtigkeit einzelner Begründungselemente auf das Ergebnis durchschlagen (vgl. BVerfG, B. v. 18.6.2019- 1 BvR 587/ 17- BVerfGE 151, 173 <186> = juris Rn. 32 m. w. N.). Um ernstliche Zweifel entsprechend § 124 a Abs. 4 Satz 4 VwGO darzulegen, muss sich die die Zulassung beantragende Partei substantiiert mit dem angefochtenen Urteil auseinandersetzen, insbesondere darlegen, dass und aus welchen Gründen es mit Unionsrecht in der Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union nicht im Einklang steht (vgl. BayVGH, B. v. 12.9.2018 22 ZB 17.960 u. a. - juris Rn. 17). Eine bloße Wiederholung erstinstanzlichen Vorbringens genügt diesen Anforderungen nicht (vgl. BayVGH, B. v. 23.6.2020 - 24 ZB 19.2439 juris Rn. 8; B. v. 12.8.2019- 6 ZB 19.778- juris Rn. 5 m. w. N.; B. v. 22.12.2017 - 22 CS 17. 2261 - juris Rn. 27 ff. m. w. N.; B. v. 21.7.2016- 12 ZB 16.1206 - juris Rn. 6; B. v. 21.10.2014- 21 ZB 14.876 - juris Rn. 8; B. v. 19.4.2011 8 ZB 10.129 - juris Rn. 18 m. w. N.).

Die Darlegung des Zulassungsgrundes der grundsätzlichen Bedeutung im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO setzt voraus, dass der Rechtsmittelführer erstens eine konkrete und gleichzeitig verallgemeinerungsfähige Rechts- oder Tatsachenfrage formuliert, zweitens ausführt, aus welchen Gründen diese klärungsfähig ist, also für die Entscheidung des Verwaltungsgerichts entscheidungserheblich war, und drittens erläutert, aus welchen Gründen sie klärungsbedürftig ist, mithin aus welchen Gründen die ausstehende obergerichtliche Klärung im Berufungsverfahren zur Erhaltung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung oder zur Weiterentwicklung des Rechts geboten ist und ihr eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Rechtsfragen, die höchstrichterlich hinreichend geklärt sind, sind nicht als klärungsbedürftig anzusehen (vgl. BVerfG, B. v. 18.6.2019 - 1 BvR 587/17 - BVerfGE 151, 173 <186> = juris Rn. 33 f.; vgl. auch Happ in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 124 Rn. 36 ff. m. w. N.). Eine grundsätzliche Bedeutung ist nicht aufgezeigt, wenn das Zulassungsvorbringen sich darauf beschränkt, die Ausführungen des Verwaltungsgerichts als unrichtig anzugreifen (vgl. Seibert in Sodan/ Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 124 Rn. 127). Im Hinblick auf das Unionsrecht hat eine Rechtssache grundsätzliche Bedeutung, wenn das Zulassungsvorbringen hinreichend substantiiert aufzeigt, dass voraussichtlich nach Art. 267 Abs. 3 AEUV eine Vorabentscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union einzuholen sein wird (vgl. BVerfG, B. v. 24.10.2011- 2BvR 1969/09- juris Rn. 23 ff.; B. v. 19.4.2017- 1BvR 1994/13 - juris Rn. 14). Daran fehlt es insbesondere, wenn die aufgeworfene Frage bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof der Europäischen Union war, sie nicht entscheidungserheblich ist oder wenn die richtige Auslegung so offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt (*acte claire*) (vgl. BayVGH, B. v. 29.3.2018 18 ZB 10.3160 - juris Rn. 17 m. w. N.).

Eine Rechtssache weist besondere tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO auf, wenn das Zulassungsvorbringen gegen das erstinstanzliche Urteil Fragen von solcher Schwierigkeit aufwirft, dass sie sich wegen der Komplexität nicht im Berufungszulassungsverfahren klären lassen. Keine besonderen rechtlichen oder tatsächlichen Schwierigkeiten weist eine Rechtssache auf, wenn die rechtlichen Fragen sich ohne Weiteres

aus den Normen ergeben oder in der Rechtsprechung geklärt sind und wenn kein besonders unübersichtlicher oder schwer zu ermittelnder Sachverhalt vorliegt (vgl. Happ in Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 124 Rn. 28 u. 33 m. w. N.). Auch hier muss sich die die Zulassung beantragende Partei substantiiert mit dem angefochtenen Urteil auseinandersetzen. Insbesondere soweit die Schwierigkeiten darin gesehen werden, dass das Verwaltungsgericht auf bestimmte tatsächliche Aspekte nicht eingegangen ist oder notwendige Rechtsfragen nicht oder unzutreffend beantwortet hat, sind diese Gesichtspunkte in nachvollziehbarer Weise darzustellen und ihr Schwierigkeitsgrad plausibel zu machen (vgl. BVerfG, B. v. 23.6.20001 BvR 830/00 - juris Rn. 17). Dies gilt insbesondere auch bei Geltendmachung von Schwierigkeiten im Zusammenhang mit Unionsrecht (vgl. NdsOVG, B.v. 4.2.20201 I LA 479/18 - juris Rn. 60).

Gemessen hieran ist kein Zulassungsgrund dargelegt.

Das Verwaltungsgericht hat die Klage mit dem Antrag,

den der Beigeladenen erteilten Konzessionsbescheid als unionsrechtswidrig aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, glücksspielrechtliche Konzessionen/Erlaubnisse gemäß § 24 GlüStV zum Betrieb von Spielhallen, in denen Geldspielgeräte bereitgehalten werden, nur unter Beachtung des förmlichen Vergaberechts im Sinne des Vierten Teils des GWB und gemäß der Richtlinie 2014/23/EU zu vergeben, hilfsweise, die Beklagte zu verpflichten, Konzessionen zum Betrieb von Spielhallen zumindest ausschließlich unter Beachtung des unionsrechtlichen Transparenzgebotes und des daraus folgenden Publizitätsgrundsatzes zu vergeben, als unzulässig abgewiesen. Bezüglich des Verpflichtungsbegehrens, glücksspielrechtliche Erlaubnisse zum Betrieb von Spielhallen unter Beachtung der Vorgaben des GWB zu vergeben, sei aufgrund der in § 155 GWB begründeten ausschließlichen Sonderzuständigkeit der Vergabekammern der Verwaltungsrechtsweg nicht eröffnet. Der Überprüfung im Vergaberechtsverfahren unterliege auch die Rüge eines Bewerbers, es habe eine unzulässige Direktvergabe stattgefunden. Bei Auslegung des klägerischen Antrags ziele die Klägerin mit dem Verpflichtungsteil im Hauptantrag ihrer Klage auf einen solchen vergaberechtlichen Primäranspruch, denn als Sekundäransprüche kämen nur Schadenersatzansprüche in Betracht (§§ 180 f. GWB), die hier nicht geltend gemacht worden seien. Bei Bejahung des Vergaberechtswegs komme eine Verweisung an die zuständige Vergabekammer gemäß § 17 a Abs. 2 GVG nicht in Betracht, da es sich bei der Vergabekammer nicht um ein Gericht handele. Soweit es der Klägerin um eine Aufhebung des der Beigeladenen erteilten Bescheids gehe, sei der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, da sich der streitgegenständliche Bescheid der zutreffenden obergerichtlichen Zivil- und Verwaltungsrechtsprechung zufolge nicht als Dienstleistungskonzession im Sinne des § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB bzw. des Art. 5 Nr. 1 b) der Richtlinie 2014/23/EU darstelle. Allerdings erweise sich die Klage unter dem Gesichtspunkt der fehlenden Klagebefugnis als unzulässig, da die Klägerin nicht dargelegt habe, dass die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Genehmigung nach § 24 Abs. 1 GlüStV i. V. m. Art. 9 AGGlüStV in der bis zum 30. Juni 2021 geltenden Fassung (im

Folgenden AGGlüStV a. F.) an die Klägerin in Betracht komme und sich die dem entgegenstehende Rechtsposition der Beigeladenen als rechtswidrig erweise. Ein zum maßgeblichen Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung bestehendes Konkurrenzverhältnis zur Beigeladenen sei nicht dargelegt, da eine Interessenbekundung der Klägerin zum Betrieb einer Spielhalle im abstandsrechtlich relevanten räumlichen Umfeld zu der von der Beigeladenen betriebenen Spielhalle erst gut elf Monate nach Erteilung der glücksspielrechtlichen Erlaubnis an die Beigeladene erfolgt sei und die Beklagte demnach eine Auswahlentscheidung aufgrund eines bestehenden Konkurrenzverhältnisses zwischen der Klägerin und der Beigeladenen im Januar 2018 nicht habe treffen müssen. Für eine analoge Anwendung des § 160 Abs. 2 GWB fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke für die Überprüfung von Verwaltungsakten in einem Konkurrenzverhältnis außerhalb der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen. Die Klagebefugnis vermittele sich für die Klägerin auch nicht aus der Behauptung, es habe ein intransparentes Verfahren vorgelegen, da die Beklagte die Neuerteilung der glücksspielrechtlichen Erlaubnisse nicht europaweit ausgeschrieben habe. Außerhalb eines unionsrechtlich harmonisierten Vergabeverfahrens bestehe unter Heranziehung des aus den Unionsgrundrechten folgenden Transparenzgebots nicht unbedingt das Erfordernis einer Ausschreibung, sondern nur die Pflicht der Herstellung eines angemessenen Grads an Öffentlichkeit, der eine Öffnung für den Wettbewerb und die Nachprüfung ermögliche, ob die Verfahren unparteiisch durchgeführt worden seien, wobei die Transparenzpflicht nicht so weit reiche, dass auch die relative Gewichtung der vorab bekannten Kriterien sowie die Präzisierung der Modalitäten, nach denen die vorliegenden Anträge zu bewerten sind, vorab zu bestimmen und allgemein oder den potenziellen Interessenten mitzuteilen wären. Den nach dem allgemeinen unionsrechtlichen Transparenzgebot allein erforderlichen angemessenen Grad an Öffentlichkeit, bei dessen Bestimmung den Mitgliedstaaten ein gewisses Ermessen zuzuerkennen sei, stellten bereits die restriktiven landesrechtlichen Regelungen zur Erteilung einer Erlaubnis für den Betrieb einer Spielhalle nach dem Glücksspielstaatsvertrag und dem hierzu erlassenen Ausführungsgesetz (§ 24 GlüStV, Art. 9 AGGlüStV a. F.) her. Jedenfalls genüge es zur Begründung einer Klagebefugnis nicht, ein intransparentes Verfahren zu rügen. Das nationale Rechtsregime garantiere, dass sich die Klägerin um die Erteilung glücksspielrechtlicher Erlaubnisse unter Beachtung der für alle Bewerber geltenden Anforderungen des Art. 9 AGGIüStV a. F. bewerben könne und im Zuge der dann durchzuführenden Auswahlentscheidung keine Erwägungen angestellt würden, die mit den Unionsgrundrechten nicht vereinbar wären.

Hiergegen ist unter Berücksichtigung des Zulassungsvorbringens rechtlich nichts zu erinnern.

1. Nicht durchzugreifen vermag der Einwand der Klägerseite, eine Zuständigkeit der Vergabekammer hinsichtlich des im Hauptantrag verfolgten Verpflichtungsbegehrens sei vorliegend nicht eröffnet, weil dieses nicht auf einen vergaberechtlichen Primäranspruch, also nicht auf einen unmittelbaren Erhalt der Erlaubnis ziele, sondern auf die Verpflichtung des Beklagten

gerichtet sei, Betriebserlaubnisse für Spielhallen nur unter Beachtung des - aus Sicht der Klägerin anwendbaren - förmlichen Vergaberechts zu erteilen. Soweit die Klägerseite hierzu ausführt, das Vergaberecht und die Bestimmungen des Glücksspielstaatsvertrags seien dem öffentlichen Recht zuzuordnen, weil sie zweifelsohne Behörden verpflichteten, verkennt sie zum einen, dass ihr Antrag gerade nicht auf die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis durch Verwaltungsakt nach § 24 Abs. 1 GlüStV gerichtet ist, sondern auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens, und blendet zum anderen die Vorschriften der §§ 155, 156 Abs. 1, 158 Abs. 2 GWB aus, welche bei einer Anwendbarkeit des Vergaberechts, auf die sich die Klägerseite beruft, die Angelegenheit unabhängig von der Rechtsnatur des Teilnahmeverhältnisses den Nachprüfungsinstanzen verbindlich zuweisen (vgl. Braun in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 68 Rn. 16). Vor diesem Hintergrund ist das Verwaltungsgericht davon ausgegangen, dass der Überprüfung im Vergaberechtsverfahren dabei auch die Rüge eines Bewerbers unterliegt, es habe eine unzulässige Direktvergabe stattgefunden (Gerichtsbescheid S. 7, unter Berufung auf Thiele, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, 2. Auflage November 2013, Datenbank VergabePortal Reguvis Verlag, 11.28.1 - Ausschließlicher Rechtsweg in Vergabesachen Rn. 4; Immenga/ Mestmäcker/Stockmann, 6. Auflage 2021, GWB § 155 Rn. 12), und dass eine Auslegung des gestellten Antrags (§ 88 VwGO) ergebe, dass das klägerische Begehren auf eine solche Rüge gerichtet sei. Hiermit setzt sich das Zulassungsvorbringen nicht auseinander, sondern führt lediglich aus, der Rechtsweg zur Vergabekammer sei nicht eröffnet, weil die Klägerin keinen vergaberechtlichen Anspruch auf Erhalt einer Konzession geltend gemacht habe. Von letzterem ist das Verwaltungsgericht ausweislich der Entscheidungsgründe allerdings nicht ausgegangen.

Soweit die Klägerin zum Beleg ihrer Ansicht Entscheidungen des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs und des VG Darmstadt anführt, wonach betreffend die Vergabe von Konzessionen für die Veranstaltung von Sportwetten der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sei, dringt sie hiermit nicht durch. Die Erteilung einer Sportwettenkonzession stellte sich als Akt einer staatlichen Verleihung dar und unterlag damit inhaltlich weitgehend den unionsrechtlichen Anforderungen an die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, wurde aber gemäß § 4c GlüStV2012 als hoheitliche Maßnahme durch Verwaltungsakt erteilt (LT-Drs. 16/11995 v. 26.3.2012, Begründung zu § 4b Abs. 1 GlüStV2012). Es lag mithin diesbezüglich eine verwaltungsrechtliche Beauftragung durch Verwaltungsakt (und nicht durch vergaberechtlichen Vertrag) vor, die aus Gesetzesgründen nicht dem GWB-Vergaberechtsregime unterlag (vgl. Gabriel/Krohn/ Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 68 Rn. 17). Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des Urteils sind hinsichtlich der Nichteröffnung des Verwaltungsrechtswegs für das im Hauptantrag enthaltene Verpflichtungsbegehren mithin nicht den Anforderungen des § 124 a Abs. 4 Satz 4, Abs. 5 Satz 2 VwGO entsprechend dargelegt.

2. Selbst wenn man jedoch vorliegend von einer Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs auch insoweit ausgehen wollte, würde sich das angegriffene Urteil im Ergebnis als richtig erweisen,

weil der im Hauptantrag verfolgte Verpflichtungsantrag jedenfalls unbegründet wäre. Denn das Verwaltungsgericht ist - unter Verweis auf verwaltungs- und zivilrechtliche obergerichtliche Rechtsprechung - auch in nicht zu beanstandender Weise von der Nichtanwendbarkeit des förmlichen Vergaberechts bei der Erteilung glücksspielrechtlicher Erlaubnisse zum Betrieb von Spielhallen ausgegangen (vgl. Gerichtsbescheid S. 8). Dies begegnet auch unter Berücksichtigung des Zulassungsvorbringens keinen Bedenken.

2.1. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ist die Erteilung einer Erlaubnis für die Veranstaltung und Förderung von Glücksspiel nicht einer Dienstleistungskonzession gleichzustellen, sondern stellt eine behördliche Maßnahme zur Regulierung der Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit dar (vgl. EuGH, U. v. 3.6.2010 - C-203/08 <Sporting Exchange> - juris Rn. 44 u. Rn. 46).

Diese Auffassung hat sich auch der Unionsgesetzgeber in der Richtlinie 2014/23/EU zu eigen gemacht. So sind nach dem ersten Satz des 11. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/23/EU Konzessionen entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen beauftragen. Nach dem dritten Satz des 11. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/23/EU soll den öffentlichen Auftraggebern bei solchen Verträgen stets der Nutzen der betreffenden Dienstleistungen zustehen. Spiegelbildlich dazu soll nach dem ersten Satz des 14. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/23/EU die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen, durch die der Mitgliedstaat oder eine seiner Behörde die Bedingungen für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit festlegt - einschließlich der Bedingung der Durchführung einer bestimmten Tätigkeit -, die üblicherweise auf Antrag des Wirtschaftsteilnehmers und nicht vom öffentlichen Auftraggeber erteilt wird und bei der der Wirtschaftsteilnehmer das Recht hat, sich von der Erbringung von Dienstleistungen zurückzuziehen, nicht als Konzession gelten. Der Unionsgesetzgeber hat im dritten Satz des 14. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/23/EU zur Erläuterung hinzugefügt, dass im Gegensatz dazu Konzessionsverträge wechselseitig bindende Verpflichtungen enthalten, denen zufolge die Erbringung der Dienstleistungen bestimmten Anforderungen entsprechen muss, die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegt werden und rechtlich durchsetzbar sind. Der erste Satz des 35. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2014/23/EU erklärt zudem, dass das Recht der Mitgliedstaaten nicht beschränkt werden soll, im Einklang mit dem Unionsrecht zu entscheiden, auf welche Weise einschließlich durch Genehmigungen - der Spiel- und Wettbetrieb organisiert und kontrolliert wird.

Mit der Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle verpflichtet die öffentliche Hand den Spielhallenbetreiber nicht mit bindender Wirkung, dort Glücksspieldienstleistungen an Kundinnen und Kunden zu erbringen. Vor diesem Hintergrund lässt sich entgegen den Ausführungen in der Zulassungsbegründung allein daraus, dass der Glücksspielstaatsvertrag gemäß seinem nach § 2 Abs. 3 GlüStV auch für Spielhallen geltenden § 1

Satz 1 Nr. 2 das Ziel verfolgt, durch ein begrenztes, eine geeignete Alternative zum nicht erlaubten Glücksspiel darstellendes Glücksspielangebot den natürlichen Spieltrieb der Bevölkerung in geordnete und überwachte Bahnen zu lenken sowie der Entwicklung und Ausbreitung von unerlaubten Glücksspielen in Schwarzmärkten entgegenzuwirken, nicht ableiten, der Gesetzgeber habe das entsprechende Angebot als eigene staatliche Aufgabe begreifen und etwas daran ändern wollen, den ausschließlich privaten Betreibern in einem ordnungsrechtlich für vertretbar gehaltenen Rahmen ein eigennütziges Betätigungsfeld zu belassen.

Dieses Verständnis wird durch die Gesetzgebungshistorie und Sinn und Zweck der Regelungen zu Spielhallen bestätigt. Die Aufnahme dieser Regelungen in den Glücksspielstaatsvertrag und nachfolgend das Bayerische Ausführungsgesetz erfolgte, wie die Gesetzesmaterialien unmissverständlich belegen, nicht zum Zwecke der Sicherstellung eines ausreichenden Angebots an Automatenglücksspiel in Spielhallen, sondern aufgrund unionsrechtlicher Bedenken gegen das staatliche Wettmonopol, die sich aus der Entwicklung anderer, vom Glücksspielstaatsvertrag bislang nicht erfasster Bereiche wie dem gewerblichen Automatenpiel ergeben hatten. Mit Blick hierauf war es das Ziel des nationalen Gesetzgebers, mit dem Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland kohärente Regelungen im Bereich des Glücksspielrechts zu schaffen (s. LT-Drs. 16/11995, A.II.7.). Zweck der Regelungen in § 24 ff GlüStV und Art. 9 AGGlüStV a. F. bzw. nunmehr Art. 10 AGGlüStV ist mithin die Regulierung des vorhandenen, umfangreichen Bestandes an Spielhallen, wobei die Voraussetzungen für eine Erlaubniserteilung, insbesondere das Verbot der Mehrfachkonzessionen und die äußere Gestaltung der Spielhalle, im Vordergrund stehen.

Auch führt das Mindestabstandsgebot nicht dazu, dass die glücksspielrechtliche Erlaubnis die Qualität eines kontingentierten und damit ausschließlichen Verwertungsrechts erhält, da Spielhallen sowie mögliche Standorte für deren Betrieb weiterhin in großer Zahl vorhanden sind. Von einer faktischen Kontingentierung und damit einem Ausschließlichkeitsrecht kann in Fällen wie dem vorliegenden keine Rede sein (vgl. BVerwG, U. v. 16.12.2016- 8 C 6.15- juris Rn. 37). Nach alledem findet das förmliche Vergaberecht auf die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle keine Anwendung (vgl. ausführlich OVG NW, B. v. 2.4.2020- 4 B 1478/18- juris Rn. 21 m.w.N.; OVG NW, B.v. 8.6.2017- 4B307/17 -, juris Rn. 77 ff.; OVG Berlin-Bbg, B. v. 27.1.2020 - OVG 1 S 47.19- n.v. S. 11 f.; OLG Düsseldorf, B. v. 23.1.2019 - VII Verg 22/18, Verg 22/18 - juris Rn. 36 ff.; BayVGH, B. v. 22.12.2020 - 23 ZB 18.1656 - juris Rn. 33 ff.).

2.2. Keine Aussagekraft hat die von der Klägerseite in diesem Zusammenhang angeführte Rechtsprechung. Die Entscheidungen der Vergabekammer Hamburg und des Oberlandesgerichts Hamburg haben allein die Erlaubnis für den Betrieb einer Spielbank zum Gegenstand, und stützen dort, wo ein Vergleich zu der Erlaubnis für den Betrieb einer Spielhalle angestellt wird (vgl. OLG Hamburg, B. v. 1.11.2017 - 1 Verg 2/17 - juris Rn. 32, 41; VergK Hamburg,

B. v. 31.7.2017 - 317.2017 - juris Rn. 1) die Auffassung der Klägerseite nicht. Das OLG Hamburg sieht die Konzessionierung der - im Übrigen einzigen im Stadtstaat Hamburg bestehenden - unter staatlicher Aufsicht betriebenen Spielbank gerade mit Blick auf eine angenommene Betriebspflicht als "Vertrag" im Sinne von § 105 GWB an. Dies ist auf den Betrieb einer großen Zahl von Spielhallen in einem Flächenland nicht übertragbar, da sich die Behörde durch die entsprechende Erlaubniserteilung auf eine reine einseitige Gestattung für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit beschränkt, die durch ordnungsrechtliche Anforderungen im Sinne der Suchtprävention näher eingeschränkt wird und aus deren Erbringung sich der Wirtschaftsteilnehmer von sich aus jederzeit zurückziehen darf.

2.3. Vor diesem Hintergrund kommt der Rechtsache insoweit auch nicht die seitens der Klagepartei geltend gemachte grundsätzliche Bedeutung zu und weist die Rechtssache keine besonderen rechtlichen Schwierigkeiten auf. Soweit die Klagepartei sinngemäß die Frage aufwirft,

ob die glücksspielrechtlichen Erlaubnisse zum Betrieb von Spielhallen Dienstleistungskonzessionen im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (ABI EU Nr. L 91, S. 1 ff.) sind,

besteht kein Anlass, dieser Frage im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union nachzugehen. Das Zulassungsvorbringen setzt sich mit der dargestellten, auch bereits vom Verwaltungsgericht zitierten obergerichtlichen Rechtsprechung sowie der hierin herangezogenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht auseinander, ist unsubstantiiert und zeigt eine Klärungsbedürftigkeit aus genannten Gründen nicht auf. Insgesamt sind daher weder ernstliche Zweifel noch besondere rechtliche Schwierigkeiten oder eine grundsätzliche Bedeutung dargelegt.

3. Zurecht führt die Klägerseite aus, dass der Verwaltungsrechtsweg hinsichtlich des Hilfsantrags, die Beklagte zu verpflichten, Konzessionen zum Betrieb von Spielhallen zumindest ausschließlich unter Beachtung des unionsrechtlichen Transparenzgebotes und des daraus folgenden Publizitätsgebotes zu vergeben, bereits deshalb eröffnet ist, da hiermit nicht die Erteilung einer Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle im Wege des förmlichen Vergabeverfahrens begehrt wird. Der Antrag bleibt aus den zutreffenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts, welche dieses zur fehlenden Klagebefugnis hinsichtlich des Anfechtungsbegehrens angestellt hat (Gerichtsbescheid S. 12 ff), allerdings jedenfalls in der Sache ohne Erfolg. Es ist weder dargelegt noch sonst ersichtlich, dass die Beklagte dem Erfordernis, glücksspielrechtliche Erlaubnisse unter Beachtung des unionsrechtlichen Transparenzgebots zu erteilen, nicht hinreichend nachkommt.

Der landesrechtliche Erlaubnisvorbehalt für Spielhallen ist mit dem Transparenzgrundsatz vereinbar, weil die Erlaubnisse aufgrund objektiver, nichtdiskriminierender und im Voraus bekannter Kriterien erteilt werden (vgl. BayVGH, B. v. 22.12.2020 - 23 ZB 18.1656 - juris Rn. 39 f.; OVG NW, B.v. 2.4.2020- 4B 1478/18 - juris Rn. 24 m. w.N.; SächsOVG, B. v. 29.11.2019- 6B143/18 - juris Rn. 78 ff.; NdsOVG, B.v. 4.9.2017 - 11 ME 206/17 - juris Rn. 31). Der Einwand, glücksspielrechtliche Erlaubnisse zum Betrieb von Spielhallen würden unter der Hand und ohne jede Publizität und Transparenz erteilt, geht fehl. Den nach dem allgemeinen unionsrechtlichen Transparenzgebot allein erforderlichen angemessenen Grad an Öffentlichkeit, bei dessen Bestimmung den Mitgliedstaaten ein gewisses Ermessen zuzuerkennen ist, der aber eine Öffnung für den Wettbewerb und die Nachprüfung anhand objektiver, nicht diskriminierender und im Voraus bekannter Kriterien ermöglicht, ob die Verfahren unparteiisch durchgeführt worden sind, stellen bereits die landesrechtlichen Bestimmungen zur Erteilung einer Erlaubnis für den Betrieb einer Spielhalle nach dem Glücksspielstaatsvertrag und dem hierzu erlassenen Ausführungsgesetz her (vgl. OVG NW, B. v. 16.8.2019- 4 B 659/18 - ZIWG 2019, 503 = juris Rn. 37 ff., 41, 55 ff.; vgl. auch EuGH, U. v. 9.9.2010 - C-64/08 -, EU:C:2010:506, Engelman-, GewArch 2011, 29 = juris Rn. 50). Außerhalb der Anwendbarkeit des förmlichen Vergaberechts verpflichtet das Transparenzgebot die Behörden weder zu einer europaweiten Ausschreibung noch zu einer Vorabbekanntgabe eines von den zuständigen Behörden zu entwickelnden Verteilmechanismus oder zu einer Information der Öffentlichkeit über erteilte Erlaubnisse außerhalb eines konkreten Antragsverfahrens (vgl. EuGH, U. v. 18.11.2010 - C-226/09 -, EU:C:2010:697, VergabeR 2011, 194 = juris Rn. 43, 46). Das Verwaltungsgericht hat sich daher insoweit zurecht auf die einschlägigen Normen des Glücksspielstaatsvertrags sowie des bayerischen Ausführungsgesetzes berufen, die wie stets gemäß Art. 76 Abs. 1 der Bayerischen Verfassung im Bayerischen Gesetz und Verordnungsblatt bekanntgemacht worden sind (vgl. GVBI. 2007 S. 922; GVBI 2012 S. 318 ff.; GVBI. 2020 S. 287 ff.; GVBI. 2021 S. 97; GVBI. 2021 S. 343). Die Kenntnisnahme von amtlich bekannt gemachten Gesetzen ist bei Anwendung der üblichen Sorgfalt für durchschnittlich fachkundige Wirtschaftsteilnehmer ohne weiteres möglich. Dies gilt umso mehr, als die Verwaltungen im Bundesgebiet den Wirtschaftsteilnehmern heutzutage im Internet eine Vielzahl von Informationen gebündelt zur Verfügung zu stellen pflegen (vgl. Bayernportal, Leistungen, Spielhalle, Beantragung einer Erlaubnis für den Betrieb, <http://www.freistaat.bayern/dokumente/leistung/353869495418>). Im Übrigen verquickt die Klägerseite die ohne Weiteres gegebene (s.o.) Möglichkeit der Kenntnisnahme von den rechtlichen Voraussetzungen für die Erteilung der glücksspielrechtlichen Erlaubnis mit der Kenntnis davon, ob und inwieweit im konkreten Einzelfall die tatsächlichen Umstände vorliegen, um die begehrte Erlaubnis zu erlangen. Sich über Letzteres Kenntnis zu verschaffen, obliegt in einem Antragsverfahren dem jeweiligen Antragsteller in eigener Verantwortung und es ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass hierbei unzumutbare tatsächliche oder rechtliche Hürden bestünden.

4. Die Verneinung der Klagebefugnis für den Antrag auf Aufhebung des der Beigeladenen erteilten Erlaubnisbescheids vom 17. Januar 2018 begegnet ebenfalls keinen durchgreifenden Bedenken.

4.1. Der Klägerin fehlt im maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung über den Zulassungsantrag insoweit bereits deshalb die Klagebefugnis, weil die Erlaubnis bis zum 30. Juni 2021 befristet war und daher keine Rechtswirkungen mehr entfaltet.

4.2. Ungeachtet dessen legt das Zulassungsvorbringen aber auch keine ernstlichen Zweifel hinsichtlich der Verneinung der Klagebefugnis durch das Verwaltungsgericht dar.

Das Verwaltungsgericht hat diesbezüglich maßgeblich darauf abgestellt, dass Voraussetzung für die Annahme einer Klagebefugnis die Darlegung eines zur Beigeladenen bestehenden Konkurrenzverhältnisses sei, wozu gehöre, dass die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis an die Klägerin in Betracht komme (Gerichtsbescheid S. 11). Dies sei nicht der Fall, weil aus dem Vortrag der Klägerin nicht erkennbar werde, ob sie die von der Beigeladenen betriebene Spielhalle übernehme bzw. kraft privatrechtlichen Vertrags zur Nutzung von Räumlichkeiten, in denen der Betrieb einer Spielhalle möglich wäre, befugt sei, deren Lage entweder gegen die Vorgaben des Art. 9 Abs. 2 oder Abs. 3 AGGlüStV verstießen (Gerichtsbescheid S. 15).

Hiermit setzt sich die Klägerin mit ihrem bereits erstinstanzlich erhobenen Einwand, sie habe vorgetragen, dass sie im Bereich der Aufstellung von Geldspielgeräten und dem Betrieb von Spielhallen tätig und sehr an einer Konzession interessiert sei, so dass sie nicht wisse, was sie hierzu weiter vortragen solle, nicht substantiiert auseinander. Insbesondere erfolgt keine Auseinandersetzung mit der maßgeblichen gesetzlichen Vorschrift des § 42 Abs. 2 VwGO und den rechtlichen Maßstäben, die das Verwaltungsgericht unter Berufung auf Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG, U. v. 26.1.2011- 6 C 2.10 - juris Rn. 33) und von Nachweisen aus der Literatur bei deren Anwendung im konkreten Fall herangezogen hat. Damit wird die Klagepartei aber den Darlegungsanforderungen des § 124 a Abs. 4, Abs. 5 Satz 2 VwGO nicht gerecht.

Nicht gerechtfertigt ist insoweit der Vorwurf, das Verwaltungsgericht hätte insoweit einen Hinweis erteilen müssen, dass es substantiierten Vortrag benötige, weshalb die Erteilung einer Betriebserlaubnis bzw. Betriebskonzession an die Klägerin in Betracht kommt. Soweit man hierin die Geltendmachung einer Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör gemäß §§ 124 Abs. 2 Nr. 5, 108 Abs. 2 VwGO, Art. 103 Abs. 1 GG unter dem Gesichtspunkt des Vorliegens einer Überraschungsentscheidung erblicken wollte, liegt eine solche bereits deshalb nicht vor, weil das Verwaltungsgericht die Klägerin mit Schreiben vom 3. März 2021 darauf hingewiesen hatte, dass es die seitens der Beklagten geltend gemachten Zulässigkeitsbedenken teile, da im

Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung kein Konkurrenzverhältnis zwischen der Klägerin und der Beigeladenen erkennbar gewesen sei und aus den Anträgen der Klägerin nicht hinreichend deutlich werde, dass die Klägerin neben der Aufhebung der streitgegenständlichen glücksspielrechtlichen Erlaubnis zugleich die Verpflichtung zur Erteilung einer solchen Erlaubnis für einen konkreten Standort der Spielhalle an sich begehre.

4.3. Vor dem Hintergrund der oben dargestellten Nichtanwendbarkeit des förmlichen Vergaberechts sowie der Vereinbarkeit des glücksspielrechtlichen Erlaubnisvorbehalts mit dem unionsrechtlichen Transparenzgebot legt das Zulassungsvorbringen auch keine Verletzung von Unionsrecht, namentlich der Effektivität der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) und des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 47 GRCh, durch die Verneinung der Klagebefugnis durch das Verwaltungsgericht dar.

Die Klägerseite führt hierzu zusammengefasst aus, das Verwaltungsgericht habe die Anforderungen an die Klagebefugnis überspannt und die Klägerin damit rechtsschutzlos gestellt. Ihr sei die Möglichkeit genommen worden, sich um eine glücksspielrechtliche Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle zu bewerben, weil die Betriebserlaubnisse unter der Hand, ohne jede Publizität und Transparenz sowie unter Missachtung des aus Sicht der Klägerin einschlägigen förmlichen Vergabeverfahrens vergeben worden seien. Sei aber entsprechend der Annahme des Verwaltungsgerichts der Zugang zu diesem nur dann gegeben, wenn noch weiter substantiiert vorgebracht werden müsste, weshalb die Erteilung einer Betriebserlaubnis an die Klägerin in Betracht komme, stelle sich die Frage, ob damit nicht Art. 47 GRCh, wonach die Gerichte im hier zwanglos gegebenen Anwendungsbereich des Unionsrechts effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten hätten, verletzt sei. Der angegriffene Gerichtsbescheid begegne insoweit ernstlichen Zweifeln; darüber hinaus weise die Rechtssache besondere rechtliche Schwierigkeiten auf.

Hiermit wird kein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) oder das Recht auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 47 GRCh dargetan. Das gewerbliche Automatenpiel stellt keinen unionsrechtlich harmonisierten Bereich dar, und wie vom Verwaltungsgericht richtigerweise angenommen findet das europäische Vergaberecht hierauf keine Anwendung (s.o.). In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist geklärt, dass der Erlaubnisvorbehalt für den Betrieb von Spielhallen nach dem GlüStV2012 mit der Dienstleistungsfreiheit im Einklang steht (vgl. OVG NW, B.v. 10.3.2021- 4A 4700/19 - juris Rn. 33, 38 m.w.N.; B. v. 30.4.2021- 4A 2781/20 - juris Rn. 16f; NdsOVG, B.v. 4.9.2017 - 11 ME 206/17 - juris Rn. 10 ff. m.w.N.; ebenso für die Berufsfreiheit BVerfG, B. v. 7.3.2017 1BvR 1314/12 u.a. - BVerfGE 145, 20; BVerwG, U. v. 16.12.2016- 8C6.15 - BVerwGE 157, 126 = juris Rn. 39 m.w.N.; U.v. 5.4.2017- 8C16.16 - juris Rn. 30ff.). Schließlich kann, wie oben ausgeführt, auch kein Verstoß des Erlaubnisvorbehalts gegen das unionsrechtliche Transparenzgebot festgestellt werden.

Vor diesem Hintergrund ist nicht dargelegt, dass Unionsrecht, insbesondere Art. 47 GRCh, eine erweiternde Auslegung des § 42 Abs. 2 VwGO für Drittanfechtungsklagen gegen glücksspielrechtliche Erlaubnisse zum Betrieb von Spielhallen gebietet. Art. 47 GRCh stellt im Ansatz ebenso wie § 42 Abs. 2 VwGO auf die Verletzung von Rechten des Einzelnen ab und verlangt damit trotz einer gewissen Großzügigkeit in der Praxis letztlich eine individualisierte Rechtsposition, so dass im Wirtschaftsverwaltungsrecht eine konkret definierbare Konkurrentensituation verlangt werden kann (vgl. Jarass, EU-Grundrechte-Charta, 4. Auflage 2021, Art. 47 Rn. 8, 13; Classen in Schulze/Janssen/ Kadelbach, Europarecht, § 4 Rn. 113).

Vor diesem Hintergrund ist weder dargelegt noch ersichtlich, dass die Annahme des Verwaltungsgerichts, auch das Unionsrecht vermittele der Klägerin keine Klagebefugnis außerhalb einer im Rahmen eines konkreten Erlaubnisverfahrens bestehenden Konkurrentenstellung, rechtlichen Bedenken begegnen könnte. Dass die Klägerin bei der Beklagten die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle im "mindestabstandsrechtlich relevanten" Umfeld zu derjenigen der Beigeladenen (vgl. hierzu § 25 Abs. 1 GlüStV i. V. m. Art. 9 Abs. 2 und Abs. 3 AGGlüStV a. F. bzw. nunmehr Art. 10 Abs. 2 und Abs. 3 AGGlüStV) beantragt oder die konkrete Möglichkeit der Erfüllung der personen-, sach- und gebäudebezogenen Erlaubnisvoraussetzungen der §§ 24 ff. GlüStV, Art. 9 AGGlüStV a. F. bzw. nunmehr Art. 10 AGGlüStV, § 33 i GewO abgesehen von der Erfüllung des Mindestabstandsgebots näher dargetan hätte, wurde weder im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht noch im Zulassungsverfahren konkret behauptet, so dass die Frage offen bleiben kann, ob das Vorliegen eines Konkurrenzverhältnisses im Bereich der Erteilung glücksspielrechtlicher Erlaubnisse zum Betrieb von Spielhallen – wie das Verwaltungsgericht angenommen hat – bereits im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung dargelegt sein muss oder ob hierfür auf einen späteren Zeitpunkt wie den Ablauf der Rechtsmittelfrist, für welche in derartigen Konstellationen als Richtwert die Jahresfrist des § 58 Abs. 2 VwGO heranzuziehen wäre (vgl. Brenner in Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Auflage 2018, § 7 4 Rn. 25), abzustellen sein könnte. Damit kann die Klägerin keine konkrete, subjektive Rechtsposition in Form eines Anspruchs auf die Durchführung eines Auswahlverfahrens zwischen ihr und der Beigeladenen gegenüber der Beklagten gerichtlich geltend machen. Da auch vor dem Hintergrund des Art. 47 GRCh notwendig ist, dass das geltend gemachte Recht nach den gesetzlichen Vorgaben dem Rechtsschutzsuchenden zustehen kann (vgl. Jarass, a. a. O., Art. 47 Rn. 13), kann die Klägerin jedenfalls auch nach Unionsrecht nicht die Etablierung eines nach ihren Vorstellungen gestalteten Erlaubnisverfahrens verlangen, welches gesetzlich nicht vorgesehen und unionsrechtlich nicht vorgegeben ist. Vielmehr darf sie, ohne dass dies eine unionsrechtlich unzulässige Rechtsschutzverkürzung darstellen würde, darauf verwiesen werden, sich über das nach den nationalen Gesetzen vorgesehene Verfahren sowie die zu erfüllenden tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen zu informieren, einen demnach vorgesehenen Erlaubnisantrag bei der zuständigen Behörde zu stellen und im Falle dessen Ablehnung wegen der Auswahl eines Konkurrenten im Wege der Drittanfechtungs- und Versagungsgegenklage hiergegen vorzugehen (zu derartigen Konkurrentenklagen im Bereich

glücksspielrechtlicher Erlaubnisse für Spielhallen vgl. z.B. OVG NW, U. v. 27.5.2021 – 4 A 4024/19 -juris; OVG Saari., B. v. 23.1.2020- 1 B 248/19 - ZfWG 2020, 159). Hierdurch wird dem Recht der Klägerin auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 47 GRCh Rechnung getragen, da gewährleistet ist, dass die Anwendung sachgerechter Auswahlkriterien und deren Handhabung im Einzelfall bei der Auswahlentscheidung im Streitfall auf Rechtmäßigkeit und Willkürfreiheit hin gerichtlich überprüft werden.

Vor diesem Hintergrund legt das Zulassungsvorbringen weder ernstliche Zweifel noch besondere rechtliche Schwierigkeiten dar. Insbesondere ist nicht substantiiert dargetan, dass insoweit schwierige Fragen des Unionsrechts aufgeworfen würden, welche ein Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof erfordern.

Schließlich greift der Einwand, das Verwaltungsgericht habe das Recht der Klägerin auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 47 GRCh dadurch verletzt, dass es das deutsche Recht so interpretiert habe, dass eine Verweisung an die Vergabekammern nicht möglich sei, ebenfalls nicht durch. Die Verweisung einer beim Verwaltungsgericht anhängig gemachten Klage an die Vergabekammer kommt nicht in Betracht, weil nach dem klaren Wortlaut des § 17 a Abs. 2 GVG nur an ein anderes Gericht verwiesen werden kann und es sich bei den Vergabekammern gemäß § 156 GWB nicht um Gerichte, sondern um behördliche Nachprüfungsinstanzen handelt (vgl. Fett in Gabriel/Mertens/Prieß/Stein, BeckOK Vergaberecht, Stand Juli 2021, § 156 GWB Rn. 3). Dass hierin generell oder im konkreten Fall eine unionsrechtswidrige Verkürzung effektiven Rechtsschutzes liegen könnte, legt das Zulassungsvorbringen nicht dar und ist auch sonst nicht ersichtlich. Es bleibt der Klägerin unbenommen, den geltend gemachten Anspruch auf Durchführung eines Vergabeverfahrens vor der Vergabekammer geltend zu machen und gegen eine etwaige ablehnende Entscheidung Beschwerde zum Vergabesenat beim Oberlandesgericht einzulegen. Wenngleich eine solche Rechtswegzersplitterung im Einzelfall unbefriedigend sein mag, liegt hierin nach den oben dargelegten Maßstäben keine unzumutbare unionsrechtswidrige Rechtsschutzverkürzung.

II. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Da sich die Beigeladene im Zulassungsverfahren nicht geäußert und keinen förderlichen Beitrag geleistet hat, entspricht es der Billigkeit, dass sie ihre außergerichtlichen Kosten selbst trägt (§ 162 Abs. 3 VwGO).

III. Die Streitwertfestsetzung für das Zulassungsverfahren beruht auf § 47 Abs. 1, § 52 Abs. 1 und 2 GKG. Sie entspricht der Entscheidung des Verwaltungsgerichts, gegen die keine Einwendungen erhoben wurden.

IV. Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO). Mit der Ablehnung des Antrags auf Zulassung der Berufung wird die Entscheidung des Verwaltungsgerichts rechtskräftig (§ 124 a Abs. 5 Satz 4 VwGO).

[...]