

Spezielles Mindestabstandsgebot im SpielhG Berlin erfasst auch Kindertagesstätten

Der gebotene Mindestabstand von Spielhallen zu Einrichtungen, die ihrer Art nach oder tatsächlich vorwiegend von Kindern oder Jugendlichen aufgesucht werden, nach § 2 Abs. 1 S. 4 SpielhG Bln gilt auch für Kindertagesstätten.

(Amtl. Ls.)

Aus dem Tatbestand:

Die Klägerin begehrt Erlaubnisse zum Betrieb einer Spielhalle.

Die Klägerin, eine am 5. November 2015 in das Handelsregister eingetragene Gesellschaft mit beschränkter Haftung, stellte am 13. Januar 2016 beim Bezirksamt Tempelhof-Schöneberg einen Antrag auf Erteilung einer Spielhallenerlaubnis für die Betriebsstätte H[...] Berlin. Dort sollte eine bestehende Spielhalle übernommen werden. Mit Schreiben vom 19. Mai 2016 hörte das Bezirksamt die Klägerin zu der Absicht an, ihr die beantragte Erlaubnis zu versagen. Der Erteilung stünde entgegen, dass in räumlicher Nähe Einrichtungen betrieben würden, die ihrer Art nach oder tatsächlich von Kindern und Jugendlichen aufgesucht würden. Dies betreffe insbesondere eine Kindertagesstätte in der V[...] Berlin, die in ca. 190m Entfernung (Laufweg) zum Spielhallenstandort liege. Mit Schreiben vom 7. Juni 2016 machte die Klägerin geltend, dass Kindertagesstätten von dem Ausschlusskriterium des Spielhallengesetzes nicht erfasst sein könnten. Mit Bescheid vom 21. Juni 2016 lehnte das Bezirksamt den Antrag ab. Die Stellungnahmen der Klägerin führe gegenüber den im Anhörungsschreiben genannten Gründen zu keinem anderen Ergebnis. Mit Schreiben vom 9. Juli 2016 erhob die Klägerin Widerspruch. Zu den bereits von ihr genannten Gründen führte sie ergänzend an, dass kein Kind die Kita unbegleitet von Erwachsenen verlasse oder erreiche. Eine Kindertagesstätte sei keine Einrichtung, die von Kindern aufgesucht werde, weil dies einen selbstständigen und aktiven Vorgang darstelle. Mit Widerspruchsbescheid vom 26. August 2016 wies das Bezirksamt den Widerspruch zurück. Die geplante Spielhalle liege in räumlicher Nähe zu einer Kinder- und Jugendeinrichtung. Es sei weder ein atypischer Fall aufgezeigt noch lasse sich ein solcher anhand des Sachverhalts begründen. Ein Ermessen der Behörde sei daher nicht eröffnet.

Mit ihrer am 27. September 2016 beim Verwaltungsgericht eingegangenen Klage verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter. Bei den Begriffen „räumliche Nähe“ und „Kinder und Jugendliche“ handele sich um unbestimmte Rechtsbegriffe, die der gerichtlichen Überprüfung zugänglich seien. Die Beklagte berücksichtige die konkrete Zugangssituation der Spielhalle einerseits und der Kindertagesstätte andererseits nicht. Der Begriff der räumlichen Nähe erfordere keinen

Mindestabstand von 200 m, sondern sei anhand des konkreten Standortes auszulegen. Im vorliegenden Fall lägen die betreffenden Grundstücke an verschiedenen Straßen. Nur ein Teil der die Kindertagesstätte aufsuchenden Personen werde auf dem Zugangsweg die Spielhalle passieren. Mangels Eigenwerbung fehle es an der für Kinder und Jugendliche erkennbaren Verfügbarkeit eines Glücksspielangebots. Es liege auf der Hand, dass der Schutz von Kindern vor den Gefahren des Glücksspiels nicht unmittelbar mit der Vollendung der Geburt einsetzen müsse. Kein Kind verlasse die Kita ohne Begleitung von Erziehern oder Aufsichtspersonal. Im Übrigen seien die Regeln des Mindestabstandssetzungsgesetzes zu beachten.

[...]

Aus den Entscheidungsgründen:

Die als Verpflichtungsklage gem. § 42 Abs. 1 Var. 2 VwGO zulässige Klage, über die der Richterstatter nach Übertragung der Sache als Einzelrichter entscheidet (§6 Abs. 1 VwGO), ist unbegründet. Die angegriffenen Bescheide sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten; sie hat keinen Anspruch auf die begehrten Erlaubnisse (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO). Rechtsgrundlagen für die begehrten Spielhallenerlaubnisse sind § 2 des Spielhallengesetzes Berlin vom 20. Mai 2011 (GVBl. 223) in der Fassung des Gesetzes vom 22. März 2016 (GVBl. 117) – SpielhG Bln – einerseits und § 24 des Glücksspielstaatsvertrags vom 15. Dezember 2011 (GVBl. 2012, 193) – GlüStV – andererseits. Für beide Erlaubnisse kommt es im vorliegenden Fall maßgeblich auf die Einhaltung von § 2 Abs. 1 S. 4 SpielhG an. Danach soll das Gewerbe nicht in räumlicher Nähe von Einrichtungen betrieben werden, die ihrer Art nach oder tatsächlich vorwiegend von Kindern oder Jugendlichen aufgesucht werden. Dies gilt nach § 15 Abs. 3 S. 1 des Ausführungsgesetzes zum Glücksspielstaatsvertrag vom 20. Juli 2012 (GVBl. S. 238) entsprechend für die gem. § 25 Abs. 1 GlüStV einzuhaltenden Mindestabstände zwischen Spielhallen nach dem Glücksspielstaatsvertrag.

Danach kommt eine Erteilung der begehrten Erlaubnisse nicht in Betracht. Der gebotene Mindestabstand zu Kinder- und Jugendeinrichtungen ist im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Bei der bestehenden Kindertagesstätte, in der nach aktuellen Angaben auf deren Internetseite derzeit 153 Kinder im Alter von acht Monaten bis zur Einschulung betreut werden, handelt es sich nach Überzeugung des Gerichts um eine Einrichtung nach § 2 Abs. 1 S. 4 SpielhG (siehe unter I.), die auch in räumlicher Nähe zu der betroffenen Spielhalle liegt (siehe unter II.). Ein Anlass für eine Abweichung von den gesetzlichen Vorgaben ist nicht erkennbar (siehe unter III.)

I. Es ist aus Sicht des Gerichts zunächst unzweifelhaft, dass die vorhandene Kindertagesstätte vom Wortlaut des § 2 Abs. 1 S. 4 SpielhG erfasst ist. Es handelt sich nach Überzeugung des Gerichts um eine Einrichtung, die ihrer Art nach vorwiegend von Kindern aufgesucht wird. Dem steht auch die Verwendung des Verbs „aufsuchen“ im Gesetz nicht entgegen. Daraus

ergibt sich – anders als die Klägerin meint – keine Beschränkung auf Einrichtungen, zu denen Kinder und Jugendliche sich selbstständig hinbegeben können. Eine derartige Einschränkung lässt sich weder sprachlich dem Begriff des Aufsuchens entnehmen, noch gehen aus den Gesetzesmaterialien Anhaltspunkte dafür hervor, dass der Gesetzgeber dies im Rahmen des Spielhallengesetzes bezweckt hat. Auch Einrichtungen, zu denen Kinder sich in Begleitung von Betreuungspersonen begeben, werden von ihnen aufgesucht. Dies entspricht auch der Auslegung der Vorschrift durch das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 16. Dezember 2016 – BVerwG 8 C 6.15 –, juris, Rn. 60), welches davon ausgeht, dass sie auch den Schutz von kleineren Kindern davor umfasst, dass sie entweder allein oder in Begleitung einer Betreuungsperson im Umfeld ihrer Bildungs-, Freizeit- oder sonstigen Betreuungseinrichtungen mit Spielhallen konfrontiert werden. Außerdem entspricht der erkennbaren Intention des Gesetzgebers, der davon ausging, dass die Regelung der Vorbeugung von Spielsucht im möglichst frühen Stadium dient (Abghs-Drs. 16/4027, S. 12). Soweit der Gesetzgeber in § 5 Abs. 1 des Mindestabstandsumsetzungsgesetzes Berlin vom 22. März 2016 (GVBl. 117) – MindAbstUmsG Bln – im Rahmen des Sonderverfahrens für Bestandsunternehmen Kinder- und Jugendeinrichtungen auf Schulen in öffentlicher und freier Trägerschaft reduziert hat, ohne gleichzeitig die dem zu Grunde liegende Vorschrift des § 2 Abs. 1 S. 4 SpielhG zu ändern, spricht dies nicht für die Absicht, den Anwendungsbereich der allgemeinen Vorschriften einzuschränken. Im Gegenteil sollen nach § 5 Abs. 2 S. 1 MindAbstUmsG Bln die allgemeinen Vorschriften ausdrücklich nur „im Sonderverfahren mit der Maßgabe Anwendung“ finden, dass es dort nur auf Schulen ankommt.

Es ist auch nicht erkennbar, dass eine teleologische Reduktion des § 2 Abs.1 S. 4 SpielhG dahingehend geboten wäre, dass Kindertagesstätten wie die im vorliegenden Fall bestehende im Wege der Auslegung von dem Anwendungsbereich ausgenommen werden müssten. Eine derartige teleologische Beschränkung ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 31. Oktober 2016 – 1 BvR 871/13 –, juris, Rn. 22) dann vorzunehmen, wenn die auszulegende Vorschrift auf einen Teil der vom Wortlaut erfassten Fälle nicht angewandt werden soll, weil Sinn und Zweck der Norm, ihre Entstehungsgeschichte und der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelungen gegen eine uneingeschränkte Anwendung sprechen. Hierfür ist im vorliegenden Fall nichts ersichtlich. Insbesondere aus Sinn und Zweck der Regelung ergibt sich kein Bedürfnis für eine teleologische Reduktion in dem beschriebenen Sinn. Der Gesetzgeber wollte gerade nicht nur einem – bei kleinen Kindern ggf. tatsächlich zu vernachlässigendem – Risiko des eigenen Besuchs von Spielhallen begegnen. Er wollte vielmehr insbesondere einem „Gewöhnungseffekt des verbreiteten, stets verfügbaren Angebots von Spielhallen bei Kindern und Jugendlichen“ entgegenwirken (Abghs-Drs. 16/4027, S.12). Dieser Zweck ist für die konkrete Vorschrift durch das Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 7. März 2017 – 1 BvR 1314/12 –, juris, Rn.148 ff.) ausdrücklich gebilligt worden. Ihn würde die angesprochene teleologische Reduktion geradezu konterkarieren. Insofern bedarf es der von der Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 7. Dezember 2016 angeregten Beweiserhebung nicht. In dem vorliegenden Verfahren ist auch keine Entscheidung darüber

geboten, inwiefern auch Einrichtungen, die ausschließlich von Kleinstkindern oder Säuglingen besucht werden, vom Sinn und Zweck erfasst wären. Ein solcher Fall liegt hier gerade nicht vor. Die bestehende Kindertagesstätte wird jedenfalls auch von Kindern besucht, bei denen aufgrund ihres Alters davon ausgegangen werden kann, dass sie in der Lage sind, ihre Umgebung aktiv wahrzunehmen, so dass der Gesetzgeber – wie vom Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 7. März 2017, a. a. O.) festgestellt – für solche Einrichtungen im Rahmen seines gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums von dem legitimen Zweck, einem Gewöhnungseffekt entgegenzuwirken, ausgehen konnte. Sonstige Zweifel an der Verhältnismäßigkeit des § 2 Abs. 1 S. 4 SpielhG bestehen schließlich nach den dazu vorliegenden höchstrichterlichen Entscheidungen nicht (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2016, a. a. O.; BVerfG, Beschluss vom 7. März 2017, a. a. O.).

II. Die Kindertagesstätte liegt nach Überzeugung des Gerichts auch in räumlicher Nähe zu der Spielhalle. Für die Auslegung des Begriffes der räumlichen Nähe kann nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 16. Dezember 2016, a. a. O., Rn. 62) als Hilfe auf die Begründung des Entwurfs zu § 5 des Mindestabstandsumsetzungsgesetzes Berlin – Mind- AbstUmsG Bln – zurückgegriffen werden, aus der deutlich wird, dass es auf den jeweiligen Aktionsradius der betroffenen Altersgruppe der Kinder und Jugendlichen, insbesondere auf ihre tatsächlichen Laufwege im Umfeld der betroffenen Einrichtung ankommt. Nach dem Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 7. März 2017, a. a. O., Rn. 162) lässt sich der Begriff auch ohne Zusammenwirken mit dem Mindestabstandsumsetzungsgesetz im Wege der teleologischen Auslegung unter besonderer Berücksichtigung des Kinder- und Jugendschutzes konkretisieren.

Nach diesen Maßstäben bestehen nach Überzeugung des Gerichts keine Zweifel daran, dass die streitgegenständliche Spielhalle nicht den gebotenen Mindestabstand zu der vorhandenen Kindertagesstätte einhält. Hierfür kommt es nicht entscheidend darauf an, ob die Wegstrecke eine Länge von genau 200m überschreitet. Die Legaldefinition der räumlichen Nähe in § 5 Abs. 2 S. 1 MindAbstUmsG Bln findet allein im Sonderverfahren Anwendung. Im Übrigen spricht vieles dafür, ohne dass dies hier ausschlaggebend wäre, dass die vorhandene Kindertagesstätte tatsächlich in einer Laufweite von weniger als 200m liegt. Der Beklagte hat – wie sich aus den Verwaltungsvorgängen und dem angegriffenen Bescheid ergibt – zur Ermittlung zunächst eine telefonische Auskunft vom Fachbereich Vermessung und Geoinformation vom 20. Juni 2016 eingeholt, wonach die Entfernung (Laufweg) 190m betrage. Nach den Verwaltungsvorgängen wurde diese Distanz überdies auf Grundlage der jeweiligen Eingänge und nicht – wie im Rahmen des Sonderverfahrens nach § 5 Abs. 2 S. 2 MindAbstUmsG Bln vorgesehen – nach den nächst gelegenen Grundstücksecken ermittelt. Eine weitere Abfrage aufgrund eines von der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung hierfür zur Verfügung gestellten Fachprogramms ergab nach den Verwaltungsvorgängen einen Laufsteg von 193 m. Auch hierbei wurden offensicht-

lich die Eingänge berücksichtigt. Vor diesem Hintergrund bedarf es der angeregten Beweiserhebung, wonach die Gehentfernung zwischen den äußersten Grundstücksecken mehr als 220m betrage, nicht. Zum einen sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Ermittlungen des Beklagten zu der Laufentfernung fehlerhaft wären. Insbesondere entsprechen sie den Ergebnissen, die bei einer Ermittlung mithilfe von öffentlich zugänglichen Quellen, wie z. B. Google Maps, herauskommen. Angesichts der Tatsache, dass es nicht entscheidungserheblich auf die Überschreitung von genau 200m ankommt, ist der hiermit erreichte Grad an Genauigkeit für die Entscheidung im vorliegenden Fall ausreichend. Zum anderen ist nicht ersichtlich, aus welchem rechtlichen Gesichtspunkt es auf die Gehentfernung zwischen den äußersten Grundstücksecken ankommen sollte.

Neben der reinen Entfernung zwischen der Spielhalle und der Kindertagesstätte liegt die Spielhalle nach Überzeugung des Gerichts insbesondere auch innerhalb des Aktionsradius der Altersgruppe der in der Kindertagesstätte betreuten Kinder. Dieser umfasst auch Laufwege in Begleitung von Betreuungspersonen (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2016, a. a. O., Rn. 60). Ausschlaggebend ist hierbei nicht, dass die Einrichtungen auf derselben Straße liegen. Es kommt vielmehr – in Anlehnung an die Begründung des Mindestabstandsumsetzungsgesetzes (Abghs-Drs. 17/2714, S. 22) – darauf an, ob typische Laufwege von der Kindertagesstätte an der Spielhalle vorbei führen. Hiervon ist nach Überzeugung des Gerichts im vorliegenden Fall auszugehen. Nach der räumlichen Lage der Kindertagesstätte sind insgesamt vier Laufwege zu der Kita oder von ihr weg denkbar. Hierzu gehört der Weg in die V[...] Richtung A[...], der Weg in die B[...] Straße, der Weg von der V[...] zur H[...] Richtung K[...] und der Weg von der V[...] zur H[...] Richtung U-Bahnhof K[...]. Schon angesichts der Anzahl der betreuten Kinder sowie der Tatsache, dass keiner der genannten Wege in eine Sackgasse oder in unbewohntes oder für Fußgänger unzugängliches Gebiet führt, kann jeder dieser Laufwege als typisch angesehen werden, ohne dass es darauf ankommt, einer von ihnen von allen oder der großen Mehrheit genutzt wird. Es ist bei derzeit 153 Kindern nicht davon auszugehen, dass diese alle in der unmittelbaren Nachbarschaft der Kindertagesstätte wohnen und nur in atypischen Fällen den an der Spielhalle vorbei führenden Weg zur H[...] Richtung K[...] zurücklegen würden. Hinzu kommt, dass dieser Weg nicht nur wegen der Bushaltestelle K[...], an der zahlreiche Buslinien halten (M[...]), als Laufweg besonders in Frage kommt. Dies ergibt sich auch aus den umfangreichen Einkaufsmöglichkeiten am K[...], die für Betreuungspersonen etwa nach Abholung der Kinder in Betracht kommen. Darüber hinaus führt der Fußweg von der Kindertagesstätte zum ebenfalls nahe gelegenen S-Bahnhof J[...] dort entlang, dessen Nutzung ebenfalls nicht atypisch erscheint. Vor diesem Hintergrund bedarf es keiner weiteren tatsächlichen Aufklärung des genauen Umfangs der Nutzung der Bushaltestelle K[...] durch Kinder der Kindertagesstätte, zumal der von der Klägerin in der mündlichen Verhandlung gestellte Hilfsbeweis Antrag sich zum einen auf die Haltestelle F[...] bezieht, die sich in Friedenau befindet, und zum anderen unklar ist, inwiefern die Leiterin der Kindertagesstätte eine amtliche Auskunft

darüber abgeben können soll, in welchem Umfang Kinder gemeinsam mit Betreuungspersonen auf dem Weg zur Kindertagesstätte oder weg von ihr, die Bushaltestelle nutzen.

Ebenso sind keine weiteren Ermittlungen erforderlich, ob und welche weiteren Einrichtungen, die von Kindern aufgesucht werden, sich ggf. im Umfeld der Spielhalle befinden.

III. Es besteht schließlich kein Anlass für eine Abweichung von dem im vorliegenden Fall gebotenen Mindestabstand. Es handelt sich bei § 2 Abs. 1 S. 2 SpielhG Bln um eine Sollvorschrift, die nach allgemeinen Regeln in atypischen Fällen Ermessen eröffnet, von der regelhaften Rechtsfolge abzuweichen (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11. Juni 2015 – OVG 1 B 5.13 –, juris, Rn.173 m. w. N.). Nach § 2 Abs. 1 S. 5 SpielhG Bln darf die zuständige Behörde überdies unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalls von der Maßgabe auch zum Mindestabstand zur Kinder- und Jugendeinrichtungen abweichen. Es kann offen bleiben, ob mit letztgenannter Formulierung eine eigenständige Ermächtigung zur Ermessensausübung geschaffen werden sollte. Das Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 7. März 2017, a. a. O., Rn. 162) scheint – ebenso wie das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg (a. a. O.) – von einer einheitlichen Sollvorschrift auszugehen, mit der eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ermöglicht wird. Soweit das Bundesverwaltungsgericht (Urteil vom 16. Dezember 2016, a. a. O., Rn. 60) davon ausgeht, dass mit Satz 5 eine über die Ausgestaltung als Sollvorschrift hinausgehende zusätzliche Abweichungsmöglichkeit geschaffen wurde, führt dies im vorliegenden Fall zu keinem anderen Ergebnis.

Die angegriffene Entscheidung leidet insbesondere nicht an einem Ermessensausfall, der ggf. zu einer Verpflichtung zur Neubescheidung gem. § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO führen könnte. Zum einen sind nach Überzeugung des Gerichts keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines atypischen Falls erkennbar, der ein Ermessen zur Abweichung eröffnen würde. Zum anderen – soweit hierin eine eigenständige Ermessenseröffnung liegt – hat der Beklagte ermessensfehlerfrei entschieden, nicht unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des Spielhallenstandortes und der Lage des Einzelfalls von dem Mindestabstand abzuweichen. Im vorliegenden Fall hat der Beklagte entsprechende Ermessenserwägungen in zulässiger und für das Gericht gem. § 114 S. 2 VwGO zu berücksichtigender Weise in der mündlichen Verhandlung angestellt. Nach dem Bundesverwaltungsgericht (Urteile vom 13. Dezember 2011 – BVerwG 1 C 14.10 –, juris, Rn. 11; und vom 20. Juni 2013 – BVerwG 8 C 46.12 –, juris, Rn. 31 ff.) stellt § 114 S. 2 VwGO klar, dass ein materiell- und verwaltungsverfahrenrechtlich zulässiges Nachholen von Ermessenserwägungen nicht an prozessualen Hindernissen scheitert. So liegt es auch hier. Maßgeblicher Zeitpunkt der Sach- und Rechtslage ist bei der erhobenen Verpflichtungsklage derjenige der mündlichen Verhandlung. Zwar ist das Verwaltungsverfahren nach Erlass des Widerspruchsbescheids abgeschlossen. Mangels Bestandskraft der angegriffenen ablehnenden Ent-

scheidung erscheint es jedoch nicht materiell-rechtlich ausgeschlossen, noch im Klageverfahren Ermessenserwägungen anzustellen. Dies gilt umso mehr, als der Beklagte nach der Grundsatzenscheidung des Oberverwaltungsgerichts Berlin- Brandenburg (a. a. O.) bislang davon ausgehen konnte, dass Ermessen lediglich bei Vorliegen eines atypischen Falles eröffnet sei, womit der Widerspruchsbescheid sich ohne erkennbare Rechtsfehler auseinandersetzt.

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Regelung der vorläufigen Vollstreckbarkeit entspricht § 167 VwGO und den §§ 708 Nr. 11, 711 S. 1 ZPO.

[...]