Verwaltungsgericht Düsseldorf, Beschluss vom 3. März 2020 – 3 K 18712/17 –

Tenor:

1. Die Beklagte wird unter entsprechend teilweiser Aufhebung des Ablehnungsbescheides vom 25. Oktober 2017 verpflichtet, den Antrag der Klägerin auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis gemäß § 24 Abs. 1 GlüStV i.V.m. § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW für die Spielhalle in dem Gebäude auf der T. Straße 000 in M. unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden.

2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Die Kosten des Verfahrens tragen die Klägerin drei Viertel und die Beklagte zu einem Viertel; hiervon ausgenommen sind die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst trägt.

4. Das Urteil ist wegen der Kosten für den jeweiligen Vollstreckungsgläubiger gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des jeweils zu vollstreckenden Betrages vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand:

1. Die Klägerin betreibt in einem Gebäude auf der T. Straße 000 in M. eine Spielhalle. Hierzu hatte die Beklagte der Klägerin mit Bescheid vom 24.02.2011 eine unbefristete Genehmigung gemäß § 33i GewO erteilt.

2. In einem Abstand von weniger als 350 Meter Luftlinie betreibt die Beigeladene in dem Gebäude auf der T. Straße 000 - 000A ebenfalls zwei Spielhallen. Eine weitere Mehrfachspielhalle befindet sich ebenfalls in einem Abstand von weniger als 350 Metern.

3. Nach dem in Nordrhein-Westfalen der Glücksspielstaatsvertrag rückwirkend am 1.7.2012 in Kraft getreten war, bedurfte es gemäß §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW unbeschadet sonstiger Genehmigungserfordernisse für die Errichtung und den Betrieb einer Spielhalle einer Erlaubnis nach dem Staatsvertrag. Nach § 25 Abs. 1 GlüStV ist zwischen Spielhallen ein Mindestabstand einzuhalten, wobei das Nähere Ausführungsbestimmungen der Länder regeln. § 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW konkretisiert dies dahingehend, dass die Erteilung für die Erlaubnis einer Spielhalle, die in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen steht, ausgeschlossen ist und ein Mindestabstand von 350 Metern Luftlinie zu einer anderen Spielhalle nicht unterschritten werden solle.

4. Sowohl die Spielhalle der Klägerin als auch der Standort der Beigeladenen fielen unter die Übergangsvorschrift des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV. Da die in dieser Vorschrift gewährte Übergangsfrist von fünf Jahren im Jahre 2017 ablief, schrieb die Beklagte die Betreiber der betreffenden Spielhallen an und forderte sie auf, die Anträge auf glücksspielrechtliche Erlaubnisse einzureichen.

5. Mit anwaltlichem Schreiben vom 21.08.2017 beantrage die Klägerin, ihr für die Spielhalle am Standort T. Straße 000 eine unbefristete oder jedenfalls hilfsweise befristete glücksspielrechtliche Erlaubnis gemäß § 24 GlüStV i.V.m. § 16 Abs. 2 GlüStV zu erteilen. Höchstvorsorglich beantrage sie weiter, ihr eine unbefristete oder hilfsweise jedenfalls befristete Ausnahme bis zum 30.06.2021 von den Anforderungen des § 16 Abs. 3 AG GlüStV NRW gemäß § 29 Abs. 4 GlüStV zu erteilen.

6. Mit Bescheid vom 25.10.2017 lehnte die Beklagte den Antrag der Klägerin auf Erteilung einer unbefristeten sowie einer befristeten Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle auf der T. Straße 000 in M. gemäß § 24 GlüStV i.V.m. § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW ab. Weiterhin lehnte sie den Antrag auf Gewährung einer unbefristeten oder befristeten Ausnahme von den Anforderungen des § 16 Abs. 3 AG GlüStV NRW gemäß § 29 Abs. 4 GlüStV ab. Zur Begründung führte sie aus: Eine unbefristete Erlaubnis sei abzulehnen gewesen, da das Gesetz in § 16 Abs. 2 Satz 5 AG GlüStV NRW zwingend eine Befristung vorsehe. Der Antrag auf Erteilung einer befristeten Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle auf der T. Straße 000 in M. gemäß § 24 GlüStV i.V.m. § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW sei abzulehnen gewesen, weil das durchgeführte Auswahlverfahren zu Gunsten der Beigeladenen ausgegangen sei. Die Klägerin sei zuverlässig. Zwar seien im Gewerbezentralregister für deren Geschäftsführer drei Verfahren aus den Jahren 2012, 2013 und 2014 eingetragen. Diese begründeten aber keine durchgreifenden Zweifel an der Zuverlässigkeit. Da die Mindestabstände des § 16 Abs. 3 AG GlüStV NRW nicht eingehalten würden, hätte ein Auswahlverfahren durchgeführt werden müssen. Dazu sei festzustellen, dass sich keines der im Erlass des Ministers für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalens vom 10.05.2016 entwickelten Kriterien für eine belastbare Auswahlentscheidung eignen würde. Allerdings sei darauf hinzuweisen, dass ausweislich der Gewerbezentralregistereinträge dem Geschäftsführer der Klägerin persönlich sehr wohl ein Vorwurf der Zuverlässigkeitseinschränkung zu machen sei. Die Beigeladene hätte dagegen weder bezogen auf das Unternehmen noch auf ihre Geschäftsführer Einträge vorzuweisen und grenze sich insoweit ab. Vorliegend erlaube aber das Kriterium eines unterschiedlich starken Vertrauensschutzes eine sachgerechte Auswahl. Die Beigeladene habe ihre Erlaubnis nach § 33i GewO seit dem 1.10. und 8.11.2006 inne, die Klägerin erst seit dem 24.02.2011. Auch eine Härtefallkonstellation im Sinne des § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV liege nicht vor.

7. Mit Bescheid vom 24.10.2017 erteilte die Beklagte der Beigeladenen für die Spielhalle 1 im Gebäude auf der T. Straße 000 eine Erlaubnis gemäß § 24 Abs. 1 GlüStV i.V.m. § 16 Abs. 2

Satz 1 GlüStV sowie für die Spielhalle 2 eine Erlaubnis gemäß § 29 Abs. 4 GlüStV i.V.m. § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW im Rahmen einer Härtefallentscheidung.

8. Am 24.11.2017 hat die Klägerin die vorliegende Klage erhoben, mit der sie ihr Begehren weiter verfolgt. Sie macht geltend: Der Ablehnungsbescheid sei rechtswidrig und verletze sie in ihren Rechten. Sie habe einen Anspruch auf die Erlaubniserteilung. Ihr Vertrauen in die ihr unter dem 24.02.2011 erteilte unbefristete Erlaubnis sei schutzwürdig.

9. Die landesrechtliche Umsetzung des GlüStV sei mit dem Grundgesetz unvereinbar, da die Auswahlkriterien bei gemäß § 16 Abs. 3 AG GlüStV NRW konkurrierenden Spielhallen und die erforderlichen Kriterien für das Vorliegen einer unbilligen Härte gemäß § 29 Abs. 4 GlüStV die Anforderungen an den Vorbehalt des Gesetzes nicht erfüllten. Im Hinblick hierauf sei eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht geboten. Dabei sei zu beachten, dass der GlüStV keine Berechtigung oder Verpflichtungen von Dritten begründe. Deshalb hätten die Länder die Anforderungen des Vertrages als minimale Voraussetzung in spezifisches Landesrecht umsetzen müssen. Über das in Nordrhein-Westfalen geltende spezifische Landesrecht hätte das Bundesverfassungsgericht noch nicht entschieden. Auch stehe der Beklagten hinsichtlich der Auswahlkriterien kein Erfindungsrecht zu. Das Alter der jeweiligen Spielhalle sei kein sachgerechtes Kriterium, sondern ein sinn- und zweckwidriges Kriterium, welches bereits aus seiner Ausgestaltung nicht geeignet sein könnte, eine Auswahlentscheidung zu rechtfertigen. Die Anwendung dieses Kriteriums ergebe sich nicht aus dem Gesetz und verstoße auch Art. 3 Abs. 1 GG. Auch fehle ihm die innere Rechtfertigung. Zu Unrecht leite die Beklagte auch aus den Eintragungen des Geschäftsführers der Klägerin einen Vorsprung der Beigeladenen her. Von diesen Eintragungen unreflektiert und ohne Kenntnis der genaueren Umstände und Hintergründe auf die Betriebsführung in M. zu schließen, sei nicht nur für die Auswahlentscheidung unerheblich, sondern stehe der Beklagten schlicht nicht zu. Die Eintragungen seien schon wegen des Ablaufs der Tilgungsfristen nicht berücksichtigungsfähig.

10. Das Enddatum des GlüStV und die Befristung der Genehmigung lasse sich nicht aus der Vorschrift des § 35 GlüStV herleiten. Diese Norm enthalte selbst eine Verlängerungsmöglichkeit. Auch gelte der GlüStV nach dem 30.06.2021 jedenfalls als Landesrecht weiter. Auch die Rechtsprechung der Kammer gehe davon aus, dass die Erlaubnisse, die den Bewerbern aufgrund eines Auswahlverfahrens erteilt werden, einer langfristigen Neuordnung der Spielhallenstandorte im Gebiet des Entscheiders diene. Dies Ziel könne bei einer maximalen Laufzeit von vier Jahren nicht erreicht werden. Schließlich habe die Beklagte auch bei der Versagung der „Härtefallbefreiung“ ermessensfehlerhaft gehandelt.

11. Die Klägerin beantragt,

12. 1. die Beklagte unter Aufhebung des Ablehnungsbescheides vom 25.10.2017 zu verpflichten, der Klägerin für die Spielhalle in dem Gebäude auf der T. Straße 000 in M., die beantragte unbefristete glücksspielrechtliche Erlaubnis gemäß § 24 GlüStV i.V.m. § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW, die nicht auf der Grundlage der Befreiung von den Anforderungen des § 16 Abs. 3 AG GlüStV gemäß § 29 Abs. 4 GlüStV beruht, zu erteilen,

13. hilfsweise dazu,

14. eine Befristung der zu erteilenden Erlaubnis bis zum Außerkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages und des AG Glücksspielstaatsvertrages NRW zu erteilen;

15. 2. hilfsweise dazu,

16. eine unbefristete Erlaubnis auf Grundlage einer Befreiung von den Anforderungen des § 16 Abs. 3 AG GlüStV gemäß § 29 Abs. 4 GlüStV zu erteilen,

17. hilfsweise dazu,

18. eine Befristung der zu erteilenden Erlaubnis bis zum Außerkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages und des AG Glücksspielstaatsvertrages NRW zu erteilen;

19. 3. hilfsweise zu 1. und 2.

den Antrag der Klägerin auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis gemäß § 24 Abs. 1 GlüStV i.V.m. § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

20. Die Beklagte beantragt,

21. die Klage abzuweisen.

22. Sie verteidigt den Inhalt des angegriffenen Bescheides: Eine unbefristete Erlaubniserteilung sei schon nach dem klaren Gesetzeswortlaut nicht möglich. Die getroffene Auswahlentscheidung sei rechtmäßig. Dabei handele es sich um eine komplexe Abwägungsentscheidung. Der Vertrauensschutz, der aus der Erteilung der Erlaubnis nach § 33i GewO für den betreffenden Spielhallenbetreiber erwachse, sei – bestätigt durch die Rechtsprechung – ein sachgerechtes Auswahlkriterium. Eine unbillige Härte liege ebenfalls nicht vor. Dies setze eine atypische, vom Gesetzgeber nicht ausreichend berücksichtigte besonders gelagerte Fallkonstellation voraus. Die Klägerin habe aber weder im Erlaubnisverfahren noch im Klageverfahren Umstände

vorgetragen, die über das hinausgingen, was üblicherweise mit der Schließung einer Spielhalle einhergehe.

23. Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

24. Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sach- und Streitstand wird ergänzend Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie der beigezogenen Verwaltungsvorgänge.

Entscheidungsgründe:

25. Die Klage hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

26. Der Ablehnungsbescheid der Beklagten ist teilweise rechtswidrig und verletzt die Klägerin insoweit in ihren Rechten. Mangels Spruchreife hat die Klägerin aber nur einen Anspruch auf erneute Entscheidung der Beklagten über ihren Antrag auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen (Voll-)Erlaubnis § 24 Abs. 1 GlüStV i. V. m. § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts, § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO. Die weiter von der Klägerin begehrten Ansprüche auf Verpflichtung der Beklagten zur Erteilung einer unbefristeten oder über den 30. Juni 2021 hinausgehenden Erlaubnis stehen der Klägerin nicht zu.

27. Gemäß § 24 Abs. 1 GlüStV i. V. m. § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW bedürfen die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle einer Erlaubnis. Bedenken gegen die Anwendbarkeit des Erlaubnisvorbehaltes bestehen nicht.

28. Vgl. Urteile der Kammer vom 12. März 2019 – 3 K 18544/17 - u. a., juris.

29. Nach § 25 Abs.1 GlüStV ist zwischen Spielhallen ein Mindestabstand einzuhalten. Dieser soll nach § 16 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 AG GlüStV NRW 350 Meter Luftlinie nicht unterschreiten. Die Erteilung einer Erlaubnis für eine Spielhalle, die in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen steht (Verbot der Mehrfachkonzession), ist ausgeschlossen, § 16 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 AG GlüStV NRW .

30. Seit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7. März 2017 – 1 BvR 1314/12 u. a. - ist verfassungsrechtlich geklärt, dass das Verbundverbot mehrerer Spielhallen und das Abstandsgebot des Glücksspielstaatsvertrags ebenfalls verfassungsgemäß sind.

31. Vgl. so auch: OVG NRW, Beschluss vom 11. Januar 2018 – 4 B 1375/17 -, juris, Rn. 13.

32. Die genannten Regelungen sind ebenfalls unionsrechtlich nicht zu beanstanden, sie verstoßen insbesondere nicht gegen das „Kohärenzgebot“.

33. Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 8. Juni 2017 – 4 B 307/17 -, juris, Rn. 21 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11. Juni 2015 – OVG 1 B 5.13 -, juris, Rn. 160; VG Cottbus, Beschluss vom 2. Oktober 2017 – 3 L 424/17 -, juris, Rn. 18.

34. Wird der somit anwendbare gesetzlich festgelegte Mindestabstand zwischen den Spielhallen eingehalten, haben die Spielhallenbetreiber grundsätzlich einen Anspruch auf Erteilung einer entsprechenden Erlaubnis. Unterschreiten die Spielhallen den Mindestabstand, hat die Behörde die Möglichkeit entsprechend § 16 Abs. 3 Satz 1 und 3 AG GlüStV NRW von der Maßgabe zum Mindestabstand abzuweichen. Allerdings liegt durch die gesetzliche Formulierung, dass der Mindestabstand nicht unterschritten werden „soll“ und die Behörde von diesem abweichen „darf“, eine durch den Landesgesetzgeber intendierte Entscheidung vor. Macht die Behörde von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch oder unterschreiten dennoch Spielhallen den Mindestabstand zueinander, ist eine Auswahlentscheidung zu treffen. Bei dieser Auswahlentscheidung gebietet es die Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber, dass sich die Behörde zunächst eines Verteilmechanismus bedient, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht. Dabei hat die Behörde zwischen den Spielhallen eine komplexe Abwägungsentscheidung zu treffen.

35. Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7. März 2017 – 1 BvR 1314/12 u. a. -, juris, Rn. 185 f.

36. Diese von der Behörde zu treffende Auswahlentscheidung ist eine Ermessensentscheidung, die nach Maßgabe des § 114 VwGO der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle (nur) daraufhin unterliegt, ob die Behörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (§ 40 VwVfG NRW).

37. Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 –, juris, Rn. 23 f., m. w. N.

38. Die in die Auswahlentscheidung einzustellenden Kriterien (Auswahlparameter) lassen sich dem Gesetz entnehmen und wurden durch die die Behörde bindenden Erlasse des Ministeriums für Inneres (und Kommunales) näher konturiert. Insbesondere kann im Rahmen der Auswahl zunächst auf die Regelung zur Härtefallbefreiung nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zurückgegriffen werden. Die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber gebietet auch ohne ausdrückliche gesetzliche Präzisierung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht. Das gilt auch, sofern bei der erforderlichen Auswahlentscheidung zusätzlich Erlaubnisansträge neu in den Markt eintretender Bewerber einzubeziehen sind, wobei

grundrechtsrelevante Positionen der Betreiber von Bestandsspielhallen zu berücksichtigen bleiben. Dazu zählt etwa die Amortisierbarkeit von Investitionen. Zudem ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV, dass bereits bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten Ziele des § 1 GlüStV zu beachten sind und bei Bestandsspielhallen überdies der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33i GewO zu berücksichtigen ist. Diese gesetzlichen Vorgaben sind ergänzend durch die über das Internet allgemein zugängliche Ministerialerlasse vom 10.5.2016 und 6.11.2017 näher konturiert worden, die weitere Hinweise zu den heranzuziehenden Kriterien enthalten und der Ausübung des Ermessens durch die hieran gebundenen Behörden zusätzliche Grenzen setzen. Das Gericht folgt der Einschätzung des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen in seinem Urteil vom 10.10.2019,

39. Vgl. OVG NRW, Urteil vom 10.10.2019 – 4 A 1826/19, juris, Rn. 47 ff., m.w.N. und unter Hinweis auf BVerfG, Beschluss vom 07.03.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a., BVerfGE 145, 20, = juris, Rn. 179 ff., 182 ff.

40. Ein Verstoß gegen den Vorbehalt des Gesetzes, der eine Vorlage des diesbezüglichen Landesrechts an das Bundesverfassungsgericht gebieten würde, liegt deshalb nicht vor. Vielmehr hat der Landesgesetzgeber sich insbesondere in §§ 1 Abs. 1, 4 Abs. 1, 16 Abs. 2 und 18 Satz 2 AG GlüStV die maßgeblichen Kriterien des GlüStV zu eigen gemacht.

41. Die in der Auswahlentscheidung auch zu berücksichtigenden Ziele des § 1 GlüStV erfordern einen Vergleich der konkurrierenden Spielhallen daraufhin, welche besser geeignet ist, die Ziele des Staatsvertrags zu erreichen. Solche Unterschiede können sich unter anderem aus Besonderheiten des Umfeldes des jeweiligen Standorts oder aus der Art der zu erwartenden Betriebsführung der einzelnen Betreiber ergeben. Hierbei ist etwa maßgeblich, inwieweit prognostisch von einem rechtstreuen Verhalten des Spielhallenbetreibers auszugehen ist, also von der Einhaltung von Vorschriften, die gerade die Erreichung der Ziele des § 1 GlüStV sicherstellen sollen. Vorgaben für die Betriebsführung, durch die der Gesetzgeber die abstrakten Zielvorgaben des § 1 GlüStV konkretisiert hat, finden sich insbesondere in den Vorschriften, auf die der Landesgesetzgeber in § 16 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 AG GlüStV NRW Bezug genommen hat. Das sind die Jugendschutzanforderungen nach § 4 Abs. 3 GlüStV, das Internetverbot in § 4 Abs. 4 GlüStV, die Werbebeschränkungen nach § 5 GlüStV, die Anforderungen an das Sozialkonzept nach § 6 GlüStV und die Anforderungen an die Aufklärung über Suchtrisiken nach § 7 GlüStV. Der Glücksspielstaatsvertrag selbst fordert in § 6 Satz 2 GlüStV zudem, dass die Vorgaben des Anhangs zum Glücksspielstaatsvertrag „Richtlinien zur Vermeidung und Bekämpfung von Glücksspielsucht“ von den Spielhallenbetreibern zu erfüllen sind. Auch in diesen Richtlinien finden sich qualitative Anforderungen an die Betriebsführung. Weitere Kriterien für die Bewertung der Betriebsführung lassen sich den für die Behörden verbindlichen Erlassen vom 10.5.2016 und 6.11.2017 des Ministeriums für Inneres (und Kommunales) des Landes

Nordrhein-Westfalen entnehmen. Hierzu gehören: Die gesetzliche Einhaltung der Vorgaben zu äußerer und innerer Gestaltung der Spielhalle, die Einhaltung baurechtlicher Anforderungen, keine unerlaubten Glücksspiele, die Einhaltung und sichtbare Ausweisung gesetzlich vorgeschriebener Öffnungszeiten, gültige PTB-Prüfplakette sichtbar vorhanden, Übereinstimmung der tatsächlichen Flächen mit § 3 Abs. 2 Satz 1 SpielV, keine illegalen Unterhaltungsspielgeräte, keine Sportwettenterminals vorhanden, keine unerlaubten EC-Kartenautomaten und keine internetfähigen Computer im Betrieb vorhanden.

42. Der Bewertung, in welchem Maße von den konkurrierenden Spielhallen oder Betreibern materielle Anforderungen an die Betriebsführung erfüllt werden, und die Berücksichtigung von etwaigen hinreichend gewichtigen Unterschieden in der Auswahlentscheidung steht nicht entgegen, dass die Erfüllung materieller Anforderungen ohnehin Voraussetzung für die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis ist.

43. Ergibt der Vergleich der konkurrierenden Spielhallen, dass eine von ihnen besser Gewähr für die Förderung der Ziele des Staatsvertrags als die Konkurrenten bietet, ist die Auswahl eines dieser Konkurrenten allein wegen seiner Bestandsschutz- und Vertrauensschutzinteressen sachwidrig. Bei der Auswahlentscheidung sind nach dem Zweck der Ermächtigung die (dauerhaft anzustrebenden) Ziele des § 1 GlüStV gegenüber Bestandsschutz- und Vertrauensschutzinteressen, denen im Rahmen von Härtefallentscheidungen (nur vorübergehend) Rechnung getragen werden kann, jedenfalls nicht nachrangig. Dies ergibt sich schon aus den Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags selbst. Bestandsschutz- und Vertrauensschutzgesichtspunkte können bei unzumutbaren Belastungen eine Erlaubniserteilung nur für einen angemessenen (begrenzten) Zeitraum rechtfertigen, § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV. Würde aber ein im Hinblick auf die Erfüllung der Ziele des § 1 GlüStV vorzuziehender Bewerber zu Gunsten eines anderen Bewerbers abgelehnt, nur weil Bestandsschutz- und Vertrauensschutzgesichtspunkte für diesen sprechen, würde der ausgewählte Betreiber aller Voraussicht nach den unterlegenen Konkurrenten nicht nur für einen angemessenen Zeitraum, sondern dauerhaft verdrängen. Denn der unterlegene Bewerber muss sein Geschäft wegen des Mindestabstandsgebots aufgeben.

44. Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 –, juris, Rn. 44 ff., m. w. N.

45. Die Auswahlentscheidung der Beklagten wird den dargestellten Anforderungen nicht gerecht. Diese hat eine komplexe Abwägungsentscheidung nicht getroffen, sondern ihre Auswahlentscheidung letztendlich allein darauf gestützt, dass der Beigeladenen die Erlaubnis nach § 33i GewO weit vor der Klägerin erteilt wurde. Dies ist in mehrfacher Hinsicht zu beanstanden.

46. Zunächst hat die Beklagte eine Prognose zu der Frage, welcher Spielhalle besser geeignet ist, die Ziele des Staatsvertrags zu erreichen, überhaupt nicht getroffen. Ihre Ermessensentscheidung ist vielmehr von der Wertung durchzogen, dass Kriterien für eine solche Eignungsprognose nicht gefunden werden können. Dies widerspricht den gerade aufgezeigten Grundsätzen in eklatanter Weise. Lediglich hilfsweise hat die Beklagte die Feststellungen des Inhalts getroffen, dass ausweislich der Gewerbezentralregistereinträge dem Geschäftsführer der Klägerin persönlich ein Vorwurf der Zuverlässigkeitseinschränkung zu machen sei. Die Beigeladene hätte dagegen weder bezogen auf das Unternehmen noch auf ihre Geschäftsführer Einträge vorzuweisen und grenze sich insoweit ab. Diese dürftigen Erwägungen können aber eine Eignungsprognose in dem oben aufgezeigten Sinne nicht ersetzen. Dafür beruhen sie schon nicht auf einer ausreichenden gesammelten Erkenntnisgrundlage.

47. Das Gericht vermag auch der Einschätzung der Beklagten nicht zu folgen, der Beigeladenen sei ein stärkerer Vertrauensschutz zuzusprechen, da sie ihre Erlaubnis nach § 33i GewO seit dem 1.10. und 8.11.2006 innehat, während die Klägerin diese erst deutlich später, nämlich am 24.02.2011 erhalten habe.

48. Wie oben bereits ausgeführt, kann unter strenger Beachtung des Vorbehalts des Gesetzes im Rahmen der Auswahlentscheidung auch auf die Regelung zur Härtefallbefreiung nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zurückgegriffen werden. Die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber gebietet auch ohne ausdrückliche gesetzliche Präzisierung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht. Das gilt auch, sofern bei der erforderlichen Auswahlentscheidung zusätzlich Erlaubnisansprüche neu in den Markt eintretender Bewerber einzubeziehen sind, wobei grundrechtsrelevante Positionen der Betreiber von Bestandsspielhallen zu berücksichtigen bleiben. Dazu zählt etwa die Amortisierbarkeit von Investitionen. Zudem ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV, dass bereits bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten Ziele des § 1 GlüStV zu beachten sind und bei Bestandsspielhallen überdies der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33i GewO zu berücksichtigen ist.

49. Vgl. OVG NRW, Urteil vom 10.10.2019 – 4 A 1826/19, juris.

50. Allerdings ist zu beachten, dass das Unterscheidungskriterium des Alters der Erlaubnis nach § 33i GewO im Einzelfall zu einem sachgerechten Ergebnis führen muss,

51. vgl. OVG NRW, Beschluss vom 23.12.2019 – 4 B 1038/18, juris.

52. Grundsätzlich dürfte es sachgerecht sein, im Vergleich dem Betreiber mit der jüngeren Spielhalle einen größeren Vertrauensschutz zuzusprechen. Dies gilt gerade im Hinblick auf die Frage der Amortisierbarkeit von Investitionen. Denn je kürzer ein Gewerbetreibender seine Spielhalle betreibt, umso weniger hat er Gelegenheit gehabt, seine Investitionen zu amortisieren. Dieser Gedanke findet gerade im Rahmen der Feststellung einer unbilligen Härte gemäß § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV seine Anwendung.

53. Eine andere Betrachtungsweise ist dagegen im Vergleich zwischen denjenigen Spielhallenbetreiber sachgerecht, die bereits vor Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages eine Erlaubnis nach § 33i GewO erhalten haben und denjenigen, die eine solche erst danach beantragt und erteilt bekommen haben. Denn die, die erst in Kenntnis der sich ändernden Rechtslage eine Erlaubnis nach § 33i GewO beantragt und erhalten haben, können sich weniger auf ein geschütztes Vertrauen auf einen weiteren Bestand ihrer Spielhalle berufen, als diejenigen, die ihre Investitionen in Unkenntnis der neuen Rechtslage getätigt hatten.

54. Vgl. Urteil der Kammer vom 26.03.2019 – 3 K 16487/17, sowie OVG NRW, a.a.O.

55. Diese Unterscheidung kann ebenfalls dem Gesetz entnommen werden und fußt letztendlich auf der Unterscheidung zwischen Bestandsspielhallen gemäß § 29 Abs. 4 Satz 2 und 3 GlüStV. Maßgeblicher Zeitpunkt für diese Unterscheidung ist deshalb der in § 29 Abs. 4 Satz 2 bestimmte 28. Oktober 2011, welcher aber vorliegend nicht greift, weil sowohl die Beigeladene als auch die Klägerin ihre Erlaubnis nach § 33i GewO vor diesem Stichtag erhalten haben.

56. Soweit die Beklagte in ihrer Auswahlentscheidung diesen Unterscheidungszeitpunkt auf April 2001 vorverlagert, findet dies im Gesetz keine Stütze. Unabhängig davon haben aber beide Konkurrenten ihre Erlaubnis auch vor diesem Zeitpunkt erhalten.

57. Im Übrigen ist die Klage nicht erfolgreich.

58. Einen Anspruch auf die Erteilung einer befristeten oder unbefristeten glücksspielrechtlichen Erlaubnis hat die Klägerin nicht, da dies eine Reduzierung des Auswahlermessens auf null erfordern würde. Vorliegend ist aber nicht ersichtlich, dass die Erlaubniserteilung an die Klägerin die alleinige ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung darstellen würde.

59. Der Klägerin steht auch ein Anspruch auf Erteilung einer befristeten oder unbefristeten glücksspielrechtlichen Erlaubnis als Härtefallerlaubnis nicht zu. Der Anwendungsbereich des § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV ist erst nach dem negativen Abschluss der Auswahlentscheidung eröffnet. Im Hinblick hierauf kann der hilfsweise gestellte Antrag zu 2. gegenwärtig nicht zum Erfolg führen.

60. Schließlich steht der Klägerin auch kein Anspruch darauf zu, dass die Beklagte bei ihrer erneuten Auswahlentscheidung, sollte diese zu Gunsten der Klägerin ausfallen, die Erlaubnis nicht oder über den 30.06.2021 hinaus befristet.

61. Nach § 24 Abs. 2 Satz 2 GlüStV, § 16 Abs. 2 Satz 5 GlüStV ist die glücksspielrechtliche Erlaubnis für die Errichtung und den Betrieb einer Spielhalle nach § 24 Abs. 1 GlüStV zu befristen. Die Dauer der Befristung liegt im Ermessen der zuständigen Behörde. Diese Regelung sichert die staatliche Kontroll- und Überwachungsmöglichkeit bei der Genehmigung von Glücksspielangeboten. Sie eröffnet der zuständigen Behörde umfassende Kontrollmöglichkeiten unter Berücksichtigung der Entwicklung des Betriebs und seines Umfelds während der Geltungsdauer der Erlaubnis sowie etwaiger neuerer Erkenntnisse zur Spielsuchtprävention aus der Evaluation der geltenden Regelungen und der örtlichen Entwicklung seit Erteilung der Erlaubnis. Die Befristung ist geeignet, den Zweck umfassender Kontrolle zu fördern, und ist auch mit Blick auf das Betreiberrisiko, nach Ablauf der Erlaubnis möglicherweise keine Nachfolgerlaubnis zu erhalten, verhältnismäßig. Dies gilt jedenfalls dann, wenn von der Befugnis zur Befristung angemessen Gebrauch gemacht wird und die Geltungszeiträume der glücksspielrechtlichen Erlaubnis dementsprechend gestaltet werden,

62. vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 13.05.2019 – 11 LA 389/18, juris, und Bayerischer VGH, Beschluss vom 26.3.2014 – 22 ZB 14.221, juris.

63. Dabei dürfte es sich im Rahmen des der Beklagten zustehenden Ermessens handeln, wenn sie die Erlaubnis auf den 30. Juni 2021 befristen würde. Denn gemäß § 35 Abs. 2 Satz 1 GlüStV tritt der Glücksspielstaatsvertrag am 30. Juni 2021 außer Kraft, wenn nicht das Fortgelten beschlossen wird. Damit ist jedenfalls möglich, dass sich zu diesem Zeitpunkt die für die Errichtung und den Betrieb von Spielhallen geltende Rechtslage ändern könnte. Durch die Befristung würde sichergestellt, dass etwaige Neuregelungen effektiv umgesetzt werden können.

64. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 155 Abs. 1 Satz 1, 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO. Es entspricht der Billigkeit, etwaige außergerichtliche Kosten der Beigeladenen nicht für erstattungsfähig zu erklären, da diese keinen Antrag gestellt, sich selbst somit einem Kostenrisiko nicht ausgesetzt hat.