

Verwaltungsgericht Hannover, Urt. v. 14.03.2023 – 11 A 5958/20

Tenor:

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selber trägt.

Die Entscheidung ist wegen der Kosten vorläufig vollstreckbar. Die Vollstreckungsschuldnerin darf die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des vollstreckbaren Betrags abwenden, wenn nicht die Vollstreckungsgläubigerin vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Tatbestand:

1 Die Klägerin wendet sich gegen eine der Beigeladenen erteilte Spielhallenerlaubnis.

2 Die Beigeladene ist Betreiberin einer Spielhalle in C-Stadt unter der Anschrift F. 21. In derselben Straße betreibt die Klägerin eine Spielhalle unter der Anschrift F. 29. Da die Beklagte zunächst den vorgeschriebenen Mindestabstand von 100 m zwischen den beiden Spielhallen als eingehalten betrachtete, erteilte sie beiden Betreiberinnen eine bis zum 1. März 2027 befristete Spielhallenerlaubnis.

3 Nach einer Weisung der Fachaufsichtsbehörde nahm die Beklagte mit Bescheid vom 5. September 2018 die Erlaubnisse für die Spielhallen der Klägerin und der Beigeladenen unter Anordnung der sofortigen Vollziehung zurück. Ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung hatte Erfolg (VG Hannover, Beschluss vom 22. Oktober 2018, Az.: 11 B 6099/18). Die Klage (11 A 6096/18) wies das Gericht mit Urteil vom heutigen Tage ab. Darauf wird verwiesen.

4 Auf der Grundlage der am 1. Juni 2020 in Kraft getretenen Änderung des Niedersächsischen Glücksspielgesetzes führte die Beklagte aufgrund des Antrags der Beigeladenen und der Klägerin ein erneutes Auswahlverfahren nach Maßgabe des § 10a NGlüSpG durch.

5 Mit Bescheid vom 27. Oktober 2020 erteilte die Beklagte der Beigeladenen die Erlaubnis nach § 24 Abs. 1 GlüStV zum Betreiben der o.g. Spielhalle, befristet bis zum 31. Dezember 2025 und lehnte gleichzeitig den Antrag der Klägerin ab. Zur Begründung der getroffenen Auswahlentscheidung führte die Beklagte im Wesentlichen aus, dass mangels Eingreifen vorrangig zu berücksichtigender Auswahlkriterien die Regelung des § 10 Abs. 8 NGlüSpG

entscheidungserheblich sei. Die Spielhalle der Beigeladenen sei von der Gaststätte ca. 360m Luftlinie entfernt, die Entfernung der Spielhalle der Beigeladenen zur Gaststätte betrage ca. 239m.

6 Die Klägerin erhob gegen den ihr gegenüber ergangenen ablehnenden Bescheid eine Verpflichtungsklage (Az.: 11 A 5959/20), die das Gericht mit Urteil vom heutigen Tage abgewiesen hat. Darauf wird verwiesen.

7 Am 12. November 2020 hat die Klägerin gegen den die Beigeladene begünstigenden Bescheid eine Drittanfechtungsklage erhoben. Zur Begründung führt sie im Wesentlichen aus: Ein Auswahlverfahren hätte nicht durchgeführt werden dürfen, solange der Rücknahmebescheid vom 5. September 2018 nicht bestandskräftig sei. Die Heranziehung der Erklärungen zum Rauchverbot und der Aufstellung von Geldspielgeräten in Gruppen (§ 10a Abs. 4 und Abs. 5 NGLüSpG) führe zu einem Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG und zu einer Ungleichbehandlung gegenüber Bestandspielhallen, die keinen solchen Beschränkungen unterlägen. Die Beklagte habe bei der Auswahlentscheidung nicht berücksichtigt, dass die Beigeladene anders als die Klägerin der ihr nach § 6 GlüStV obliegenden Berichtspflicht nicht nachgekommen sei. Schließlich sei die für die Auswahlentscheidung maßgebliche Gastronomie an ein Tenniscenter angegliedert und werde voraussichtlich hauptsächlich von den Sportlern genutzt, ein hinreichender Bezug zu den Spielhallen fehle.

8 Die Klägerin beantragt, die der Beigeladenen erteilte Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle am Standort F. 21 in C-Stadt vom 27. Oktober 2020 aufzuheben.

9 Die Beklagte beantragt unter Verteidigung der getroffenen Entscheidung, die Klage abzuweisen.

10 Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt und in der Sache auch nicht vorgetragen.

11 Die Kammer hat den Rechtsstreit zur Entscheidung auf den Einzelrichter übertragen.

12 Wegen des weiteren Sachverhalts sowie des Vorbringens der Beteiligten im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, die Gerichtsakte zu den Verfahren 11 A 6096/18 und 11 A 5959/20 sowie der darauf bezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

13 Die Drittanfechtungsklage hat keinen Erfolg.

14 Die Klage ist zulässig.

15 Der Zulässigkeit steht nicht die Einschätzung entgegen, dass die Klägerin bereits über eine bis zum 1. März 2027 geltende Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle verfügt. Diese Befugnis hat die Beklagte der Klägerin durch die Rücknahme der Erlaubnis vom 5. September 2018 entzogen. Diese Entscheidung ist wirksam. Der Erfolg der Klägerin im Eilverfahren bewirkt allein, dass diese Entscheidung vorübergehend (vgl. § 80b Abs. 1 VwGO) nicht vollziehbar ist.

16 Die Drittanfechtungsklage ist nicht begründet, denn die der Beigeladenen erteilte glücksspielrechtliche Erlaubnis vom 27. Oktober 2020 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO). Das aufgrund des Antrags der Beigeladenen gemäß § 10a NGlüSpG durchgeführte erneute Auswahlverfahren zwischen den konkurrierenden Spielhallen der Klägerin und der Beigeladenen ist rechtmäßig, weil die Auswahl, der Spielhalle der Beigeladenen eine glücksspielrechtliche Erlaubnis zu erteilen, zutreffend erfolgt ist.

17 Gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 des am 1. Juli 2021 in Kraft getretenen Staatsvertrages zur Neu-regulierung des Glücksspielwesens in Deutschland vom 29. Oktober 2020 (Nds. GVBl. 2021, 134) – GlüStV 2021 –, der mit § 24 Abs. 1 Satz 1 des bis zum 30. Juni 2021 geltenden Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 15. Dezember 2011 (Nds. GVBl. 2012, 190, 196) – GlüStV – übereinstimmt, bedürfen die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis. Zwischen Spielhallen ist nach § 25 Abs. 1 GlüStV 2021 – wie bereits nach § 25 Abs. 1 GlüStV – ein Mindestabstand einzuhalten. Das Nähere regeln die Ausführungsbestimmungen der Länder, § 25 Abs. 1 S. 2 GlüStV. Nach § 10 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 des Niedersächsischen Glücksspielgesetzes vom 17. Dezember 2007 (Nds. GVBl. 2007, S. 756, zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. Juni 2021 mit Wirkung zum 19. Juni 2021, Nds. GVBl. 2021, S. 367, – NGlüSpG –) muss der Abstand zwischen Spielhallen mindestens 100 Meter betragen, wobei die kürzeste Verbindung (Luftlinie) zwischen den Spielhallen maßgeblich ist. Bei Vorliegen eines öffentlichen Bedürfnisses oder besonderer örtlicher Verhältnisse können die Gemeinden nach § 10 Abs. 2 Satz 3 NGlüSpG für ihr Gebiet oder Teile davon durch Verordnung einen geringeren Mindestabstand von mindestens 50 Meter oder einen größeren Mindestabstand von bis zu 500 Meter festlegen. Eine entsprechende Verordnung ist im Gebiet der Beklagten nicht erlassen worden, sodass die Spielhalle der Klägerin einen Mindestabstand von 100 Meter zu anderen Spielhallen einhalten muss. Die Spielhallen der Klägerin und der Beigeladenen stehen danach in Abstandskonkurrenz im Sinne des § 25 Abs. 1 GlüStV in Verbindung mit § 10 Abs. 2 Satz 1 NGlüSpG, weil sie in einem Abstand von unter 100 Meter Luftlinie (vorliegend unstreitig 88 Meter) voneinander entfernt liegen. Davon ist hier auszugehen, wie sich aus dem Urteil im Verfahren 11 A 6096/18 vom heutigen Tage ergibt. Auf die dortigen Ausführungen wird verwiesen.

18 Können wegen der Regelungen über den Mindestabstand nicht alle beantragten Erlaubnisse erteilt werden, kommen die am 1. Juni 2020 in Kraft getretenen Vorschriften der §§ 10a ff. NGlüSpG (Gesetz zur Änderung des Niedersächsischen Glücksspielgesetzes v. 12. Mai 2020,

Nds. GVBl. S. 121) zur Anwendung. Nach § 10a Abs. 1 NGLüSpG entscheidet die zuständige Behörde über die Erteilung der Erlaubnis in einem Auswahlverfahren nach Maßgabe der Absätze 2 bis 9. Die Auswahlentscheidung ist nach § 10a Abs. 3 Satz 1 NGLüSpG so zu treffen, dass für die größtmögliche Anzahl von Spielhallen Erlaubnisse erteilt werden können. Ist eine Entscheidung nach § 10a Abs. 3 NGLüSpG nicht möglich, sind die Absätze 4 bis 8 anzuwenden, die jeweils ein Auswahlkriterium regeln. Ist nach den Absätzen 3 bis 8 eine Entscheidung nicht möglich, trifft die zuständige Behörde die Auswahlentscheidung nach weiteren sachlich gerechtfertigten Gründen (§ 10a Abs. 9 NGLüSpG).

19 Gegen diese Regelungen bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken. Das Niedersächsische Obergericht hat mit Beschluss vom 2. August 2021 (11 ME 104/21) u. a. ausgeführt:

„Das Abstandsgebot aus dem Glücksspielstaatsvertrag und das damit zusammenhängende Auswahlverfahren bei konkurrierenden Spielhallen nach § 10a NGLüSpG und damit auch das streitige Auswahlkriterium nach § 10a Abs. 6 NGLüSpG greifen in die Berufsausübungsfreiheit der Antragstellerin aus Art. 12 Abs. 1 GG ein. Die Tätigkeit als Betreiber einer Spielhalle stellt ein eigenständiges Berufsbild dar, in das die genannten Regelungen über die Zulassung und den Betrieb von Spielhallen eingreifen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 – juris, Rn. 127 ff.).

Ein Eingriff in die Berufsfreiheit erfordert eine kompetenzgemäß erlassene gesetzliche Grundlage, die durch hinreichende, der Art der betroffenen Betätigung und der Intensität des jeweiligen Eingriffs Rechnung tragende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet (ständige Rspr.; vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.1.2016 – 1 BvL 6/13 –, juris, Rn. 47 ff.; Beschluss vom 14.1.2014 – 1 BvR 2998/11, 1 BvR 236/12 –, juris, Rn. 63 ff. und Beschluss vom 30. 11.2010 – 1 BvL 3/07 –, juris, Rn. 44 ff.). Reine Berufsausübungsbeschränkungen können grundsätzlich durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert werden, soweit Eingriffszweck und Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis stehen. Objektive und subjektive Berufswahlbeschränkungen sind dagegen nur zum Schutz überragender Gemeinwohlsgüter zulässig (vgl. BVerfG, Beschluss vom 30.11.2010 – 1 BvL 3/07 –, juris, Rn. 45). Es ist vornehmlich Sache des Gesetzgebers, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele und unter Beachtung der Sachgesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will. Die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit fallen umso strenger aus, je mehr eine Regelung sich auf die Freiheit der Berufswahl auswirken kann. Wirkt eine auf die Berufsausübung zielende Regelung auf die Berufswahl zurück, weil sie in ihren Wirkungen einer Regelung der Berufswahl nahekommt, so ist ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung an den Anforderungen an Regelungen betreffend die Berufswahl zu messen (zum Vorstehenden: BVerwG, Urt. v. 16.12.2016 – 8 C 6/15 –, juris, Rn. 35 m.w.N.).

a. In der Rechtsprechung des Senats ist geklärt, dass das in § 25 Abs. 1 GlüStV und § 10 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 NGlüSpG normierte Abstandsgebot verfassungsgemäß ist (vgl. Beschluss vom 5.9.2017 – 11 ME 169/17 –, juris, Rn. 8 ff.; siehe auch: Urt. v. 12.7.2018 – 11 LC 400/17 –, juris, Rn. 33 ff., 42 ff.).

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 7. März 2017 (- 1 BvR 1314/12 u.a. –, juris) festgestellt, dass das Abstandsgebot und das Verbot des Verbundes mehrerer Spielhallen mit dem Grundgesetz vereinbar sind und nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Zur Begründung hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere ausgeführt, dass die Regelungen in Berlin und im Saarland zum Verbundverbot und zu den Abstandsgeboten den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG an eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung genügen. Die Regelungen dienten mit der Vermeidung und Abwehr der vom Glücksspiel in Spielhallen ausgehenden Suchtgefahren und dem Schutz von Kindern und Jugendlichen einem besonders wichtigen Gemeinwohlziel, da Spielsucht zu schwerwiegenden Folgen für die Betroffenen, ihre Familien und die Gemeinschaft führen könne. Mit dem Verbundverbot und dem Abstandsgebot werde das Ziel der Spielsuchtbekämpfung durch eine Beschränkung des insgesamt verfügbaren Spielhallenangebots verfolgt (BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a. –, a.a.O., juris, Rn. 131 ff.). Zweck des Abstandsgebots zu anderen Spielhallen sei die Herbeiführung einer Begrenzung der Spielhallendichte und damit eine Beschränkung des Gesamtangebots an Spielhallen. Diese Einschätzungen der Gesetzgeber seien nicht offensichtlich fehlerhaft. Das Verbundverbot und die Abstandsgebote seien konsequent am Ziel der Spielsuchtbekämpfung ausgerichtet, auch wenn Spielhallen, Spielbanken und Gaststätten, in denen Geldspielgeräte aufgestellt seien, unterschiedlichen Regelungen unterworfen seien. Die Gesetzgeber hätten im Rahmen des ihnen zustehenden und nur in begrenztem Umfang überprüfbaren Einschätzungs- und Prognosespielraums auch davon ausgehen dürfen, dass das Verbundverbot und die Abstandsgebote geeignete und erforderliche Mittel zur Bekämpfung der Spielsucht darstellten. Das Verbundverbot und die Abstandsgebote seien auch angemessen (BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a. –, a.a.O., juris, Rn. 142 und Rn. 148 ff.). Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere der Eingriffe und dem Gewicht und der Dringlichkeit der sie rechtfertigenden Gründe wahrten die gesetzlichen Regelungen unter Berücksichtigung der weiteren einschränkenden Regelungen des Spielhallenrechts insgesamt die Grenze der Zumutbarkeit und belasteten die Betroffenen nicht übermäßig. Die Regelungen hätten zwar – gerade im Zusammenwirken mit bauplanungsrechtlichen Beschränkungen – eine deutliche Reduzierung der möglichen Spielhallenstandorte zur Folge und auch weitere Neuregelungen wirkten sich belastend aus. Die Gesamtbelastung lasse es möglich erscheinen, dass nicht nur in Einzelfällen Spielhallenbetreiber ihren Beruf aufgeben müssten, zumal die Zahl der attraktiven Standorte durch die Abstandsgebote stark beschränkt werde. Der verfolgte Hauptzweck der Bekämpfung und Verhinderung von Glücksspielsucht wiege jedoch besonders schwer, da es sich um ein besonders wichtiges Gemeinwohlziel handle. Besonderes Gewicht bekomme dieses Ziel dadurch, dass nach maßgeblichen Studien vom Spiel an Geldspielgeräten die mit Abstand höchsten Suchtgefahren ausgingen. Für alle anderen relevanten

Glücksspielformen habe bereits eine Begrenzung des Angebots in Form von Verboten, staatlichen Monopolen oder Konzessionsmodellen bestanden. Die Eigentumsfreiheit des Art. 14 Abs. 1 GG führe – soweit ihr Schutzbereich überhaupt eröffnet sei – hinsichtlich der beruflichen Nutzung des Eigentums jedenfalls nicht zu einem weitergehenden Schutz der Spielhallenbetreiber als die Berufsfreiheit (BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a. –, a.a.O., juris, Rn. 169). Die Abstandsgebote zu anderen Spielhallen bewirkten auch keine mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbare Ungleichbehandlung von Spielhallenbetreibern gegenüber den Betreibern von Spielbanken und von Gaststätten, in denen Geldspielgeräte aufgestellt seien.

Der Senat hat sich diesen Ausführungen angeschlossen und dargelegt, dass die Begründung des Bundesverfassungsgerichts gleichermaßen für das niedersächsische Landesrecht gelte. Zur Vermeidung von Wiederholungen verweist der Senat zur weiteren Begründung auf seine Ausführungen in dem Beschluss vom 5. September 2017 (- 11 ME 169/17 –, juris, Rn. 13 ff., 15 f., siehe auch: Urt. v. 12.7.2018 – 11 LC 400/17 –, juris, Rn. 44). Diese Ausführungen gelten aufgrund der im Wortlaut unverändert gebliebenen maßgeblichen Regelungen zum Abstandsgebot in § 25 Abs. 1 GlüStV 2021 und § 10 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 NGlüSpG auch weiterhin.

b. Der niedersächsische Gesetzgeber hat mit den Regelungen in § 10a Abs. 3 bis 9 NGlüSpG ein den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügendes sachgerechtes Auswahlverfahren für die Auflösung von Konkurrenzsituationen eingeführt.

Nach der Rechtsprechung des Senats (Beschluss vom 4.9.2017 – 11 ME 330/17 –, juris, Rn. 23 f.) steht dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum bei der Beurteilung der Frage zu, anhand welcher Kriterien und Maßstäbe eine Konkurrenzsituation bei Bestandsspielhallen aufgelöst werden soll und wie detailliert die Regelungen im Einzelnen ausfallen. Wie der Senat ausgeführt hat, ist nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7. März 2017 (- 1 BvR 1314/12 – u.a., juris, Rn. 182 ff.) verfassungsrechtlich lediglich erforderlich, dass sich die wesentlichen Parameter der Auswahlentscheidung dem Gesetz entnehmen lassen. Bei der Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Spielhallenbetreibern handelt es sich um eine komplexe Abwägungsentscheidung, bei der die Ziele des Glücksspielstaatsvertrages und die grundrechtlichen Positionen der Spielhallenbetreiber in Einklang zu bringen sind. Das Bundesverfassungsgericht hat als wesentlichen Auswahlgrundsatz herausgestellt, dass die Auswahl anhand sachgerechter Kriterien vorzunehmen ist. Dabei bleibt es dem Landesgesetzgeber überlassen, wie detailliert er im Wege der Gesetz- oder Verordnungsgebung oder auch mittels Verwaltungsvorschriften den zuständigen Behörden sachbezogene Auswahlkriterien für die Bewältigung von Konkurrenzsituationen an die Hand gibt (BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a. –, juris, Rn. 185). Zudem ist der Gesetzgeber nicht gehindert, aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität im Rahmen seines Gestaltungsspielraums ein sachgerechtes Auswahlkriterium vorzusehen, das der Verwaltung die Bewältigung von schwierigen Konkurrenzsituationen möglichst effektiv, zeitnah und anwendungssicher ermöglicht (OVG Hamburg, Beschluss vom 20.10.2020 – 4 Bs 226/18 –, juris, Rn. 83). Daraus folgt, dass nicht nur ein bestimmtes Auswahlkriterium bzw. ein qualitativ oder quantitativ bestimmbares Bündel an

Auswahlkriterien oder ein bestimmter Auswahlmechanismus verfassungskonform sein kann. Dementsprechend gibt es in den Bundesländern auch eine Vielzahl von unterschiedlich gestalteten Auswahlverfahren, die teilweise im Ermessen stehende Entscheidungen der Behörden ermöglichen bzw. bei der Auswahlentscheidung auf verschiedene, teils gewichtete Kriterien oder Kombinationen von Kriterien abstellen (vgl. OVG Hamburg, Beschluss vom 20.10.2020 – 4 Bs 226/18 –, juris, Rn. 99; OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 10.3.2020 – 4 B 362/19 –, juris, Rn. 24 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 24.7.2020 – OVG 1 N 77.19 –, juris, Rn. 6). Der Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist für die Gerichte nur begrenzt auf das Vorliegen von Willkür bzw. der offensichtlichen Fehlsamkeit gesetzgeberischer Erwägungen hin überprüfbar (vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 –, juris, Rn. 137; siehe auch: BVerfG, Beschluss vom 6.10.1987 – 1 BvR 1086/82 –, juris, Rn. 75; BVerfG, Beschluss vom 16.3.1971 – 1 BvR 52/66 –, juris, Rn. 67).

Die vom niedersächsischen Gesetzgeber getroffenen Regelungen zum Auswahlverfahren halten sich im Rahmen des ihm zustehenden Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums. Er hat, wie nachfolgend dargestellt wird, ein Verfahren normiert, welches bestimmte Auswahlkriterien vorgibt, die in einer abgestuften Reihenfolge zu prüfen sind, und eine nach sachgerechten Kriterien zu treffende Auswahlentscheidung ermöglicht.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Hinblick auf die grundrechtlich geschützte Position der Spielhallenbetreiber als wesentlichen Auswahlgrundsatz herausgestellt, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht (Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 –, juris, Rn. 185). Wie sich aus der Begründung zum Gesetzesentwurf (LT-Drs. 18/4945, S. 13 ff.) ergibt, hat der niedersächsische Gesetzgeber dieser sog. Gebietsformel durch § 10a Abs. 3 NGLüSpG Vorrang eingeräumt und diese als erstes und damit wichtigstes Auswahlkriterium vorangestellt. Die nachfolgenden Kriterien in den Absätzen 4 bis 8 hat der niedersächsische Gesetzgeber bewusst abgestuft priorisiert. So hat er in Absatz 4 zunächst den Verzicht auf bestimmte Geldspielgeräte und in Absatz 5 das Rauchverbot in Spielhallen vorgesehen. Diese Regelungen hat er bewusst dem Abstand zu Schulen vorangestellt, damit die spieterschützenden Vorgaben in den Absätzen 4 und 5 von möglichst vielen Spielhallenbetreibern umgesetzt werden. Auch die nachfolgende Reihenfolge des Abstands zu Schulen in Absatz 6 vor dem Abstand zu Kinder- und Jugendeinrichtungen in Absatz 7 wurde bewusst gewählt, um eine rechtssichere und damit geeignetere Regelung zu treffen, welche auch die praktische Umsetzung vereinfachen soll. Der Abstand zu Alkohol anbietenden Gaststätten, der ebenso wie die Absätze 4 und 5 dem Spielerschutz dient, wurde erst nach Absatz 7 eingefügt, weil der Abstand zu Gaststätten nicht in der Hand des Spielhallenbetreibers liegt. Erst wenn die Kriterien in Absatz 3 bis 8 keine eindeutige Entscheidung ermöglichen, soll nach Absatz 9 die Auswahlentscheidung nach weiteren sachlich gerechtfertigten Kriterien getroffen werden, so dass Absatz 9 als Auffangregelung dient.“

20 Der Landesgesetzgeber hat auch im Hinblick auf das hier maßgebende Auswahlkriterium des § 10a Abs. 8 NGLüSpG die Grenzen des ihm zustehenden Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums nicht überschritten.

21 Das in § 10a Abs. 8 NGLüSpG normierte Auswahlkriterium des Abstandes zu Gaststätten unterliegt keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Regelung dient einem legitimen Zweck (1). Das dazu gewählte Mittel ist aller Voraussicht nach geeignet (2) und erforderlich (3) sowie verhältnismäßig im engeren Sinne (4).

22 (1) Der Niedersächsische Gesetzgeber verfolgt mit dem Auswahlkriterium des Abstandes zu Gaststätten einen legitimen Zweck.

23 Nach der Begründung des Gesetzentwurfs dient der Abstand zu Gaststätten als Auswahlkriterium dem Schutz Spieler Jugendlicher, Heranwachsender und junger Erwachsener (Nds. Landtag, Drs. 18/4945, S. 16). Die Gewährleistung des Spielerschutzes ist nach § 1 Satz 1 Nr. 3 Alt. 2 GlüStV 2021 und § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 Alt. 2 NGLüSpG ein gesetzgeberisches Ziel und damit ein legitimes Ziel des Gemeinwohls. Die hier streitige Regelung stellt auf den Abstand zu Alkohol anbietenden Gaststätten ab. Dabei ist es entgegen dem Vortrag der Klägerin ohne Belang, welche Besucher die Gaststätte aufsuchen und ob es sich dabei vornehmlich um Sportler aus dem Tenniscenter handelt, denn diesem Kriterium liegt die allgemeingültige Annahme zugrunde, dass Alkoholkonsum zu Kontrollverlusten führen kann. Der größere Abstand – also ein längerer Fußweg – bewirkt mehr Zeit zur Besinnung und gibt dem Spielwilligen die Möglichkeit, den Spielwunsch zu überdenken. Sie dient der Suchtprävention durch einen Schutz von Spielern im Vorfeld des Betretens einer Spielhalle. Es liegt auf der Hand, dass es im Hinblick auf den Gewöhnungseffekt einen Unterschied macht, ob im unmittelbaren Umfeld einer Gaststätte eine oder weitere Spielhallen vorhanden sind.

24 (2) Das Auswahlkriterium stellt ein geeignetes Mittel dar, um das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel der Spielsuchtprävention zu verfolgen.

25 Eine Regelung ist zur Zweckerreichung geeignet, wenn mit ihrer Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 10.4.1997 – 2 BvL 45/92 –, juris, Rn. 61 m.w.N.). Davon ist hier auszugehen. Der Abstand zwischen Spielhallen und alkoholausschenkenden Betrieben ist ein geeignetes Kriterium, um die Konkurrenzsituation zwischen Spielhallen effektiv aufzulösen und die Spielhallendichte in der Umgebung von Gaststätten zu reduzieren. Mit größerer Entfernung zu einer von der Regelung erfassten Gaststätte verringert sich die Möglichkeit für die Spielwilligen Alkohol zu konsumieren und sich anschließend erneut auf den Weg zur nächsten Spielhalle zu machen. Infolgedessen besteht zumindest die Möglichkeit, dass weniger Personen unter Alkoholeinfluss eine Spielhalle aufsuchen und spielsüchtig werden. Die Einschätzung des

niedersächsischen Landesgesetzgebers, der Spielsucht müsse durch präventive Maßnahmen gegen Kontrollverlust infolge des Konsums von Alkohol entgegengewirkt werden, überschreitet nicht den ihm zustehenden weiten Beurteilungsspielraum.

26 (3) Die Regelung des § 10a Abs. 8 NGlüSpG ist zur Erreichung der legitimen Ziele erforderlich.

27 Mildere, aber gleich wirksame Mittel sind nicht erkennbar. Der niedersächsische Landesgesetzgeber durfte im Rahmen seines Einschätzungsspielraums annehmen, dass je geringer der Abstand zwischen Gaststätten und Spielhalle ist, desto größer die Gefahr ist in alkoholisiertem Zustand noch eine Spielhalle aufzusuchen.

28 (4) Das in § 10a Abs. 8 NGlüSpG geregelte Auswahlkriterium ist auch verhältnismäßig im engeren Sinne.

29 (a) Eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe führt zu dem Ergebnis, dass die Grenze der Zumutbarkeit grundsätzlich gewahrt ist.

30 Zwar hat die Anwendung der Regelung zur Folge, dass der im Auswahlverfahren wegen des geringeren Abstandes zu einer Gaststätte mit Alkoholausschank unterlegene Spielhallenbetreiber seine Spielhalle am bisherigen Standort nicht weiter betreiben kann, so dass die damit einhergehenden Beeinträchtigungen für ihn intensiv sind. Dem steht jedoch die überragende Bedeutung gegenüber, die der Gesetzgeber der Bekämpfung und Prävention der Glücksspielsucht angesichts des gerade vom Spielhallenangebot ausgehenden hohen Suchtpotenzials beimessen durfte (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.12.2016 – 8 C 6/15 –, juris, Rn. 50). Die hohe Bedeutung dieser Allgemeininteressen überwiegt die Grundrechtsbeschränkung des Spielhallenbetreibers und macht diese zumutbar. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Spielhallenbetreiber als Inhaber von bis zum 28. Oktober 2011 erteilten gültigen Erlaubnissen nach § 33i GewO aufgrund der Übergangsregelung in § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV für fünf Jahre nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrages und damit bis zum 30. Juni 2017 von dem Abstandsgebot freigestellt waren. Zudem sind die Auswirkungen der betreffenden Norm bezogen auf ihren gesamten räumlichen Geltungsbereich, hier also in Bezug auf das Land Niedersachsen, zu betrachten (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.12.2016 – 8 C 6/15 –, juris, Rn. 36 f.). Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Auflösung der Konkurrenzsituationen in Niedersachsen anhand des streitigen Auswahlkriteriums absehbar zu einer Erschöpfung der Standortkapazität für Spielhallen im gesamten Geltungsbereich der betreffenden Regelung und damit zu einer faktischen Kontingentierung führen könnte.

31 (b) Die Regelung in § 10a Abs. 8 NGLüSpG ist auch nicht deshalb offensichtlich fehlerhaft oder willkürlich getroffen worden, weil sie auf die Luftlinienentfernung zur Gasstätte und nicht auf die Wegstrecke abstellt und Abweichungs- und Ausnahmemöglichkeiten nicht vorgesehen sind.

32 Der Gesetzgeber ist nicht gehindert, aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität im Rahmen seines Gestaltungsspielraums ein sachgerechtes Auswahlkriterium vorzusehen, das der Verwaltung die Bewältigung von schwierigen Konkurrenzsituationen möglichst effektiv, zeitnah und anwendungssicher ermöglicht (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 20.10.2020 – 4 Bs 226/18 –, juris, Rn. 83). Hier hat der Landesgesetzgeber auf Empfehlung des Ausschusses für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung (Nds. LTDrs. 18/6401, S. 4) davon abgesehen, den Abstand zu Gaststätten – wie im Gesetzesentwurf ursprünglich vorgesehen – anhand der Wegstrecke zu ermitteln, und die Messung anhand der Luftlinie festgelegt. Ausschlaggebend dafür war, dass die Messung anhand der Luftlinie verwaltungspraktisch einfacher ist, weil mit der Wegstrecke häufig Einzelfallbeurteilungen erforderlich sind (vgl. Schriftlicher Bericht, Nds. LTDrs. 18/6450, S. 5). Damit hat der Landesgesetzgeber die Messmethode nach verwaltungspraktischen Erwägungen ausgewählt und bewusst darauf verzichtet, mit einer Messung nach der Wegstrecke Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls wie besondere örtliche Gegebenheiten zu berücksichtigen.

33 Zu der vergleichbaren und den vorliegenden Fall übertragbaren Konstellation der Abstandsbemessung für Schulen hat das NdsOVG in der genannten Entscheidung vom 2. August 2021 ausgeführt:

„Der Landesgesetzgeber hat mit dieser Regelung nicht offensichtlich fehlerhaft oder willkürlich gehandelt. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass bei der Anwendung dieses Auswahlkriteriums unter Umständen sehr knappe Messunterschiede maßgebend dafür sein können, welche Spielhalle im Auswahlverfahren obsiegt. Der Festlegung von Grenz- oder Schwellenwerten ist es immanent, dass auch ein sehr knappes Über- oder Unterschreiten der festgelegten Werte die jeweils dafür geltenden Rechtsfolgen auslöst. Der Gesetzgeber kann sich im Rahmen seines Gestaltungsspielraums aus Gründen der Praktikabilität für derartige Grenzziehungen entscheiden. Dass der Landesgesetzgeber angesichts des gesetzgeberischen Ziels der wirksamen und effizienten Reduzierung der Spielhallendichte verwaltungspraktische Erwägungen in den Vordergrund gestellt und von Einzelfallprüfungen abgesehen hat, ist nicht willkürlich und überschreitet nicht die Grenzen des ihm zustehenden Gestaltungsspielraum.

Die von dem Verwaltungsgericht angeführten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 16.12.2016 – 8 C 4/16 – und Urt. v. 16.12.2016 – 8 C 6/15 –, jeweils juris) führen zu keinem anderen Ergebnis. Entgegen der vom Verwaltungsgericht vertretenen Auffassung lässt sich diesen Urteilen nicht entnehmen, dass eine Regelung für die Auswahlentscheidung von aufzulösenden Konkurrenzsituationen nur dann verhältnismäßig wäre, wenn ein Ermessen, die

Einzelfallberücksichtigung und/oder die Berücksichtigung weiterer sachlicher Gründe normiert ist.

Die genannten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts sind u.a. zu Mindestabstandsregelungen in den Ländern Rheinland-Pfalz und Berlin ergangen, mit denen Mindestabstände zwischen Spielhallen und Einrichtungen für Minderjährige festgelegt worden sind. Diese Regelungen betreffen die für alle Spielhallenbetreiber geltenden Voraussetzungen für die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis und nicht – wie im vorliegenden Fall – Kriterien, die in einem Auswahlverfahren der Auflösung von Konkurrenzsituationen dienen. Dass nach den Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts die Zumutbarkeit der Mindestabstandsregelungen auch durch die Möglichkeit der Erlaubnisbehörde gewahrt wird, Ausnahmen zuzulassen (Urt. v. 16.12.2016 – 8 C 4/16 –, juris, Rn. 23), bzw. die Verhältnismäßigkeit der Soll-Vorschrift auch dadurch gesichert wird, dass von ihr in atypischen Fällen abgewichen werden muss (Urt. v. 16.12.2016 – 8 C 6/15 –, juris, Rn. 60), ist daher nicht ohne Weiteres auf den vorliegenden Fall übertragbar, in dem es um die Auflösung von Abstandskonkurrenzen aufgrund des – verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden (vgl. dazu unter 2.c.aa) – Mindestabstandsgebots zwischen Spielhallen geht und der für ein Auswahlverfahren geltende Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers maßgeblich ist. Wie vorstehend dargelegt worden ist, gibt es eine Vielzahl von unterschiedlich gestalteten Auswahlverfahren, die verfassungskonform sein können. Dazu gehört auch das in Niedersachsen normierte Auswahlverfahren mit dem hier streitigen Auswahlkriterium aus § 10a Abs. 6 NGLüSpG, bei dem der Landesgesetzgeber in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise aus Gründen der wirksamen und effizienten Reduzierung der Spielhallendichte auf eine Einzelfallprüfung verzichtet hat.“

34 Dem schließt sich das Gericht an.

35 Die von der Beklagten durchgeführte streitgegenständliche Auswahlentscheidung ist rechtmäßig ergangen. Den Einwänden der Klägerin gegen die Auswahlentscheidung ist nicht zu folgen.

36 Das Auswahlverfahren ist nicht entbehrlich, weil die Klägerin wegen der Rücknahme vom 5. September 2018 nicht mehr über eine beachtliche Erlaubnis für ihre Spielhalle verfügt. Insofern wird auf die Ausführungen zur Zulässigkeit der Klage verwiesen.

37 Die Anhörung (§ 1 Abs. 1 NdsVwVfG; § 28 Abs. 1 VwVfG) ist nicht zu beanstanden. Es lässt sich aus dem Schreiben der Beklagten vom 19. Oktober 2020 unzweifelhaft unter Hinweis auf den vorliegenden Sachverhalt entnehmen, dass die Klägerin wegen der Anwendung des § 10a Abs. 8 NGLüSpG der Beigeladenen unterliegen dürfte.

38 Das Auswahlverfahren war nach § 10a Abs. 1 NGLüSpG zwischen der Klägerin und der Beigeladenen durchzuführen, weil wegen der Regelungen über den Mindestabstand (§ 10 Abs. 2 NGLüSpG) nicht beide eine Erlaubnis erhalten konnten.

39 Im vorliegenden Fall war eine Auswahlentscheidung nach § 10a Abs. 3 bis 5 NGLüSpG nicht möglich, weil eine Entscheidung nach der sog. Gebietsformel (§ 10a Abs. 3 Satz 1 NGLüSpG) aufgrund der Beteiligung von nur zwei Spielhallen nicht in Betracht kam.

40 Sowohl die Klägerin als auch die Beigeladene haben erklärt, auf die Aufstellung von Geldspielgeräten im Sinne des § 33c GewO in einer Gruppe zu verzichten (§ 10a Abs. 4 NGLüSpG) und das Rauchen in der Spielhalle zu verbieten (§ 10a Abs. 5 NGLüSpG). Dass diese Regelung vor dem Hintergrund des gesetzgeberischen Beurteilungs- und Gestaltungsspielraums nicht zu beanstanden ist, hat das NdsOVG hat in dem o.g. Beschluss herausgearbeitet. Der Einwand der Klägerin zu einer Ungleichbehandlung verfängt damit nicht.

41 Die vorrangig zu erwägenden Kriterien nach § 10a Abs. 6 und Abs. 7 NGLüSpG waren nicht einschlägig. In einem solchen Fall ist nach § 10a Abs. 8 NGLüSpG bei Konkurrenz einzelner Spielhallen die Spielhalle auszuwählen, die am weitesten von einer Gaststätte, in der alkoholische Getränke angeboten werden, entfernt liegt. Zu messen ist in entsprechender Anwendung des § 10a Abs. 6 Satz 1 NGLüSpG zwischen der der Spielhalle nächstgelegenen Grundstücksgrenze des Gaststättengrundstücks und der Spielhalle. Maßgeblich ist die Luftlinie, wobei Gaststätten, die von einer Spielhalle mehr als 500 Meter entfernt liegen, gemäß § 10a Abs. 8 Satz 2 NGLüSpG unberücksichtigt bleiben.

42 Insofern hat die Beklagte zu Recht den Abstand der Spielhallen der Klägerin und der Beigeladenen zu der jeweils nächstgelegenen Gaststätte ermittelt. Danach liegt die Spielhalle der Beigeladenen von der Gaststätte ca. 360m Luftlinie entfernt. Die Spielhalle der Klägerin hingegen befindet sich in einer Entfernung von ca. 239m Luftlinie zu der Gaststätte. Letzteres wirkt sich zum Nachteil der Klägerin gegenüber dem Standort der Beigeladenen aus.

43 Eine Ermessensentscheidung ist – wie das NdsOVG in der zitierten Entscheidung ausgeführt hat – der Beklagten nicht abzuverlangen, so dass ihr auch keine Ermessensfehler entgegenzuhalten sind. Der Hinweis der Klägerin, dass die Beigeladene im Gegensatz zu ihr die aus § 6 GlüStV resultierende Berichtspflicht nicht eingehalten habe, ist kein ausdrücklich in § 10a Abs. 3 bis 8 NGLüSpG normiertes Auswahlkriterium und hätte allenfalls einen weiteren sachlich gerechtfertigten Grund i. S. v. § 10a Abs. 9 NGLüSpG begründen können, wenn nach den Absätzen 3 bis 8 eine Entscheidung nicht möglich gewesen wäre.

44 Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Da die Beigeladene keinen Antrag gestellt und mithin kein Kostenrisiko übernommen hat, entspricht es nicht der Billigkeit, ihre

außergerichtlichen Kosten für erstattungsfähig zu erklären § 162 Abs. 3 VwGO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i. V. m. § 708 Nr. 11, § 711 ZPO.