

**Dienstbesprechung des WM mit den Regierungspräsidien am 28.7.2016 zu
Fragen einer Anwendung der Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 LGlüG und
zur Auswahlentscheidung in Konkurrenzsituationen**

Vorbemerkung

Die nachfolgende Unterlage enthält einen aufgrund von Fragen der nachgeordneten Behörden zusammengestellten Fragenkatalog der Regierungspräsidien zur Dienstbesprechung am 28.7.2016 mit den dazugehörigen, in der Besprechung am 28.7.2016 erörterten Antworten des WM (endgültige Fassung). In der Besprechung erörterte Lösungsvorschläge zu den Fragen werden im Text nur angeführt (zitiert), wenn sie in den Antworten des WM ausdrücklich in Bezug genommen werden und/oder ihre Wiedergabe zum Verständnis der jeweiligen Antwort erforderlich ist.

Die angeführten Fragen der nachgeordneten Behörden werden wörtlich wiedergegeben, und zwar auch dann, wenn die dort verwendeten Begrifflichkeiten (z.B. „Vollkonzession“, „Härtefallkonzession“) teilweise denen des LGlüG und des GlüStV widersprechen (im Beispiel: §§ 41 ff., 51 LGlüG, dort ist allein von einer „Erlaubnis“ für Spielhallen die Rede; unterschiedliche Arten oder Kategorien von „Konzessionen“ kennt das Gesetz nicht).

Verweise im Text auf die „Anwendungshinweise“ des WM beziehen sich jeweils auf die Anwendungshinweise des (vormaligen) Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGlüG) für den Bereich der Spielhallen Stand 11.12.2015.

A. Übergreifende Sonderfragen

1. Verhältnis zwischen Härtefallentscheidung und Auswahlentscheidung bei konkurrierenden Bewerbern um eine Spielhallenerlaubnis am gleichen Standort; Prüfungsreihenfolge

Von nachgeordneten Behörden wird teilweise die Auffassung vertreten, eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren Bewerbern müsse *vor* der Härtefallentscheidung nach § 51

Abs. 5 LGlüG (Befreiung ja/nein) getroffen werden, d.h. von der Reihenfolge her gesehen müsse *erst die Auswahlentscheidung* und *danach die Härtefallentscheidung* getroffen werden mit der Folge dass auch die entsprechende Prüfung in dieser Reihenfolge vorgenommen werden müsse.

Nach Auffassung des WM, die auch in den „Anwendungshinweisen“ (S. 30 unten/31 oben mit Fußnote 2) zum Ausdruck kommt, hat die Härtefallentscheidung dagegen Vorrang vor einer etwaigen Auswahlentscheidung mit der Folge, dass *zunächst die Härtefallentscheidung* und *sodann eine - etwaige - Auswahlentscheidung* zu treffen ist und daher die Prüfung der Behörde in dieser Reihenfolge zu erfolgen hat.

Nach dem LGlüG ist bei Vorliegen mehrerer Bewerber zunächst das für die Erlaubniserteilung geltende *gesetzliche Prüfprogramm* abzuarbeiten. Dazu gehört auch die Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 LGlüG, da die Übergangsbestimmung des § 51 LGlüG das gesetzliche Prüfprogramm des § 41 Abs. 2 LGlüG *modifiziert*. Führt die Prüfung und Anwendung der Härtefallregelung dazu, dass ein oder mehrere Bewerber - sei es auf der Tatbestandsseite oder der Ermessensseite - eine Befreiung von den Anforderungen des § 42 Abs. 1 bzw. Abs. 2 LGlüG *erhalten*, so führt dies dazu, dass ihnen gegenüber die Anforderungen nach dieser Vorschrift nicht zum Tragen kommen und sie daher aus Bestandsschutzgründen eine Erlaubnis nach § 41 LGlüG erhalten können. Gleichzeitig verdrängen sie damit alle Bewerber, für die entweder der Anwendungsbereich des § 51 LGlüG erst gar nicht eröffnet ist oder die bei dessen Anwendung nicht berücksichtigt werden, weil entweder kein Härtefall vorliegt oder das Befreiungsermessen zu Lasten des betreffenden Bewerbers ausgeübt worden ist. Führt die Anwendung der Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 LGlüG dagegen zur *Versagung* einer Befreiung, steht der betreffende Bewerber den anderen konkurrierenden Bewerbern rechtlich gleich (im Ergebnis kein Bestandsschutz) mit der Folge, dass eine Auswahlentscheidung im Verhältnis der Bewerber zueinander zu treffen ist.

Für die Annahme, dass *zunächst* das gesetzliche Prüfprogramm einschließlich der Vorschrift des § 51 Abs. 5 LGlüG abzuarbeiten ist und sich *erst dann* die Frage einer Auswahl zwischen mehreren Bewerbern stellt, spricht auch der sachliche Zusammenhang zwischen § 42 Abs. 1, 2 LGlüG einerseits und § 51 Abs. 5 LGlüG andererseits:

§ 42 Abs. 1, 2 LGlüG verbietet Spielhallen mit einem Abstand von weniger als 500 m zueinander bzw. mehrere Spielhallen in einem gemeinsamen Gebäude oder einem Gebäude-

komplex und will damit (künftig) eine Konzentration bzw. Verdichtung von Spielhallen in räumlicher Hinsicht unterbinden. Anträge verschiedener Bewerber bzw. Spielhallenbetreiber, die hierauf hinauslaufen, können nach dem Gesetz keinen Erfolg haben; sie sind nicht erlaubnisfähig. Das Gesetz hat bei dem „Zulassungshindernis“ des § 42 Abs. 1, 2 LGLüG mithin den Zustand im Auge, der sich unter Zugrundelegung der geschilderten Antragslage - bei einem Vorhandensein mehrerer Bewerber - grundsätzlich verbietet (mehrere Spielhallen nebeneinander bzw. in unmittelbarer Nähe zueinander). Anknüpfungspunkt des § 42 LGLüG in sachlicher und zeitlicher Hinsicht ist also der aufgrund der *Antragslage* bestehende Zustand (und nicht ein hypothetischer Zustand unter Zugrundelegung einer - unterstellten - eventuellen Auswahlentscheidung). Werden Erlaubnisanträge mehrerer Bewerber nach § 41 LGLüG bei der zuständigen Behörde für denselben Standort (500 m-Radius) gestellt, verbietet § 42 LGLüG der Behörde mithin eine entsprechende Verbescheidung der Anträge, es sei denn, bei einem (oder mehreren) der beteiligten Bewerber kommen über § 51 Abs. 5 LGLüG die Anforderungen nach § 42 Abs. 1 bzw. Abs. 2 LGLüG (befristet) von vornherein gar nicht zum Tragen; in diesem Fall gilt allein für diese Bewerber eine Ausnahme. Eine *Auswahlentscheidung* ist nur dann zu treffen, wenn das gesetzliche Prüfprogramm *absolviert* ist und dessen Anwendung keinen Bewerber zeitigt, der als Betreiber vor Ort *vorrangig* (mittels einer Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG) zur Geltung kommt. Ist dies hingegen der Fall, schließt § 42 Abs. 1, 2 LGLüG weitere „normale“ Bewerber, die sich nicht auf § 51 Abs. 5 LGLüG berufen können, aus; dies ist eine *unmittelbare Folge der Gesetzesregelung* (Abstandgebot, Verbot der Mehrfachkonzession) im Verhältnis zu *diesen* „normalen“ Bewerbern, deren Spielhallen keinen Abstand zu den Spielhallen der „privilegierten“ Bewerber einhalten können bzw. die im gleichen Gebäude bzw. Gebäudekomplex gelegen sind.

Vgl. im Übrigen auch die Antworten des WM zu den Fragen 1, 12, 13 und 14.

2. Anwendung einer „Bewertungsmatrix“ mit Punktesystem für die zu treffende Auswahlentscheidung

Allgemeine Festlegungen innerhalb einer Gemeinde zum Vorgehen bei Härtefall- und/oder Auswahlentscheidungen - auch mittels eines Bewertungsschemas oder einer Bewertungsmatrix - sind nach Auffassung des WM unbedingt zu vermeiden. Auf S. 26 der „Anwen-

„Anwendungshinweise“ des MFW heißt es zur Härtefallentscheidung ausdrücklich: „Die Härtefallentscheidung ist stets im Einzelfall und unter Berücksichtigung der hierzu vom Betroffenen vorgetragenen - und in tatsächlicher Hinsicht mit Unterlagen und Nachweisen (§ 51 Abs. 5 Satz 3) zu belegenden - Härtefallumstände zu treffen. Aufgrund der Vielgestaltigkeit der Lebenswirklichkeit erscheint es ausgeschlossen, alle denkbaren Fallkonstellationen darzustellen, bei denen eine „unbillige Härte“ vorliegt. Denn bei der behördlichen Prüfung sind sämtliche vom Antragsteller im Rahmen des § 51 Abs. 5 Satz 4 vorgebrachten *besonderen Umstände des Einzelfalls* und die in diesem Zusammenhang relevanten Beweismittel zu würdigen.“ Diese Aussagen treffen ebenso auf die Entscheidung zur Auswahl unter mehreren Bewerbern (Anwendungshinweise S. 29 ff.) zu. Interne Papiere der Gemeinde können sinnvollerweise allenfalls Hinweise für die Mitarbeiter der zuständigen Gewerbebehörde (Ordnungsamt usw.) auf Gesichtspunkte enthalten, die bei der Prüfung eine Rolle spielen können, also eine Art „Stoffsammlung“ ggf. relevanter Umstände und Abwägungskriterien, die aber stets das Risiko bergen, dass sie entweder unvollständig sind (späterer Vorwurf der Lückenhaftigkeit seitens Beteiligter oder von Anwälten/Gerichten), im gegebenen Zusammenhang rechtlich fragwürdig oder unzulässig erscheinen (späterer Vorwurf der zu Unrecht erfolgten Aufnahme in die „Stoffsammlung“) oder bei der Gewichtung im Rahmen der Festlegungen des Papiers zu stark in den Vordergrund oder in den Hintergrund gesetzt wurden (späterer Vorwurf einer „disproportionalen“ Zuordnung bzw. Bewertung).

Das Übersendungsschreiben des MFW vom 15.12.2015 zu den „Anwendungshinweisen“ enthält den warnenden Hinweis: „Einschlägige Rechtsprechung zur Anwendung des GlüStV und des LGlüG bei Härtefällen und in Konkurrenzsituationen liegt derzeit noch nicht vor, so dass hier in gewisser Weise *rechtliches "Neuland"* betreten wird. Nicht zuletzt deshalb enthalten die Anwendungshinweise auch keine als abschließend zu verstehende Positivliste von Kriterien, deren Erfüllung Voraussetzung für den Erhalt einer Erlaubnis nach § 41 LGlüG in Härtefällen und/oder in einer Konkurrenzsituation zwischen mehreren Spielhallenbetreibern wäre. Eine solche Positivliste würde die Gefahr bergen, aus Sicht der Verwaltungsgerichte als unvollständig angesehen zu werden mit der Folge, dass eine auf diese Liste gestützte Verwaltungsentscheidung im Falle der Anfechtung vor Gericht wegen eines Abwägungs- bzw. Auswahlfehlers als rechtswidrig beurteilt würde und dies wegen vergleichbarer auf diese Liste gestützter Behördenentscheidungen landesweit Auswirkungen hätte.“

Selbstredend gilt dieser warnende Hinweis auch für eine Negativliste vergleichbarer bzw. spiegelbildlicher Kriterien, die im Falle ihrer Anwendung Bewerbern um eine Erlaubnis zum Nachteil gereichen kann.

Aus den hier angeführten Gründen wird seitens des WM für notwendig erachtet, dass die Kommunen *möglichst keine allgemeinen Vorgaben aufstellen oder eigene interne Hinweis-papiere für die Abwicklung von Verwaltungsverfahren erstellen*, da diese zu einem späteren Zeitpunkt von den Verwaltungsgerichten womöglich so nicht akzeptiert oder sogar rechtlich beanstandet werden könnten mit der Folge, dass alle darauf beruhenden weiteren Verwaltungsentscheidungen der Kommune ebenfalls mit Aussicht auf Erfolg angefochten werden könnten, sofern sie hierauf gestützt wurden. Außerdem würde im Land womöglich ein „Flickenteppich“ unterschiedlichster „Kommunalpapiere“ entstehen, die sich von ihrem Inhalt her entweder nicht decken oder sogar widersprechen und damit Spielhallenbetreiber und deren Anwälte auf den Plan rufen, die in mehreren/zahlreichen Kommunen Spielhallen betreiben. Eine Gemeinde, die solche allgemeinen Papiere aufstellen und verwenden wollte, müsste in jedem Falle damit rechnen, dass Beteiligte und ihre Anwälte auf der Grundlage des § 29 LVwVfG und/oder des LIFG ihre Bekanntgabe bzw. Aushändigung verlangen, wenn bekannt würde, dass sie seitens der Mitarbeiter in den Gemeinden als Arbeitsgrundlage Verwendung finden.

Soweit in der Vergangenheit allgemeine schriftliche (Vorab-) Festlegungen innerhalb einer Gemeinde zum Vorgehen bei Härtefall- und/oder Auswahlentscheidungen ergangen sein sollten, hält es das WM für zwingend geboten, diese förmlich *zurückzuziehen* und - falls eine Übersendung solcher Festlegungen an Beteiligte und/oder deren Verfahrensbevollmächtigte bereits stattgefunden haben sollte - diese hiervon zu *benachrichtigen*. Beides sollte in den Verwaltungsakten der zuständigen Behörde (Erlaubnisverfahrensakten nach § 41 LGlÜG) ausdrücklich vermerkt bzw. dokumentiert werden.

Die auf Ebene der *Landesregierung* erstellten „Anwendungshinweise“ des MFW, speziell diejenigen zur Härtefallproblematik und zum Vorgehen in Konkurrenzsituationen (S. 23 ff., 29 ff.), tragen in einem gewissen Umfang ebenfalls das beschriebene Risiko der „Fehlsamkeit“ in sich, beschränken sich - soweit sie überhaupt ins Detail gehen - aber auf dogmatisch abgesicherte, „wegweisende“ allgemeine Hinweise und dienen lediglich dazu, den nachgeordneten Behörden eine besondere Hilfestellung in Bezug auf das o.a. rechtliche

„Neuland“ zu geben und das Verständnis der Übergangsregelung des § 51 LGlüG nach Inhalt und Struktur zu erleichtern, sowie auf Basis der Ausführungen im Urteil des StGH BW vom 17.6.2014 zur Konkurrenzproblematik die in Betracht kommenden Fallgruppen, die Bandbreite möglicher Abwägungsgesichtspunkte sowie die eventuellen „Fallstricke“ bei Auswahlentscheidungen der Behörde aufzuzeigen. Im Übersendungsschreiben des MFW vom 15.12.2015 werden die Anwendungshinweise ausdrücklich als „fachliche Handreichung“ bezeichnet, und es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, „dass die Anwendungshinweise *nur allgemeine, übergeordnete Fragestellungen behandeln* können und dass die Anwendung der einschlägigen Vorschriften im Einzelfall sowie eine dabei ggf. vorzunehmende Abwägung Sache der zuständigen Behörden vor Ort ist“. Die allgemeinen „Anwendungshinweise“ des MFW sind der Spielhallenbranche außerdem bereits im Dezember 2015 zugeleitet worden, um möglichen Informationsersuchen nach dem LIFG zuvorzukommen. Damit hat das MFW versucht, einen Mittelweg zu gehen und den nachgeordneten Behörden einerseits die dringend benötigte Hilfestellung beim Vollzug des LGlüG an die Hand zu geben, eine gewisse *Einheitlichkeit beim Vollzug im Land* herzustellen, und andererseits - weil in Bezug auf die Härtefallregelung und bezüglich der Auswahlentscheidung bei mehreren Bewerbern „rechtliches Neuland“ betreten wird - so wenig wie möglich „aus der Deckung“ zu gehen, was irgendwelche strikten Vorgaben für die Behörden angeht.

Seitens des WM wird ebenfalls abgelehnt, etwaigen Auswahlentscheidungen der zuständigen Behörde (Kommune) eine sog. „Bewertungsmatrix“ mit Vorgabe eines mehr oder weniger starren *Punktesystems* bzw. einer „maximal zu erreichenden Punktzahl“ für jeweils einschlägige bzw. für anwendbar erklärte Bewertungskriterien zugrunde zu legen. Die Entscheidung des VGH Kassel vom 16.10.2015 - 8 B 1028/15 - (NVwZ 2016, 171 = ZfWG 2015, 478 = GewArch. 2016, 215 LS), mit der die Vergabe der Sportwettenkonzessionen nach dem GlüStV u.a. wegen einer fehlerhaften Gewichtung der Auswahlkriterien untereinander und wegen einer fehlerhaften Gewichtung (Verteilung der Punktezahl) innerhalb eines bestimmten Zuschlagskriteriums als rechtswidrig beanstandet wurde, zeigt, auf welchem dünnem Eis sich Behörden bewegen, wenn sie ihrer Auswahlentscheidung eine bestimmte, unter rechtlichen Gesichtspunkten „gewillkürte“ Punkteskala oder eine „Bewertungsmatrix“ (VGH Kassel a.a.O.) zugrunde legen. Die Auswahlentscheidung impliziert eine von den Umständen des Einzelfalls abhängige Abwägungsentscheidung der Behörde. Die dafür maßgebenden Erwägungen der Behörde lassen sich im Rahmen der Begrün-

dung der Auswahlentscheidung einerseits und der Ablehnungsentscheidung(en) zu Lasten anderer Bewerber andererseits *verbalisieren*, aber nicht - vorab abstrakt - *quantifizieren*; die Abwägung bleibt vielmehr eine *einzelfallbezogene* Entscheidung.

Die im Vorfeld der Dienstbesprechung übersandten Bewertungsmatrizes zeigen exemplarisch, dass die dort ausgewiesenen Zahlenwerte - auch soweit sie lediglich als „maximale Punktzahl“ vorgegeben werden - letztlich „gewillkürt“ ge-griffen sind, weil man jederzeit - mit womöglich vertretbaren anderen Erwägungen - auch *andere* Zahlenwerte zugrunde legen könnte, und die konkret vorgegebenen Werte daher aus rechtlicher Sicht als fragwürdig bezeichnet werden müssen. Spielhallenbetreiber, die Spielstätten in mehreren Kommunen gleichzeitig unterhalten bzw. betreiben wollen, wären alsbald mit dem Umstand konfrontiert, dass die eine Kommune ihrer Auswahlentscheidung jene und eine *andere* Kommune andere Zahlen bzw. eine andere Bewertungsmatrix zugrunde legt mit der Folge, dass - landesweit betrachtet - ein heilloses „Chaos“ unterschiedlichster „Punktesysteme“ (Bewertungsmatrizes) angerichtet würde. Von den Verwaltungsgerichten würde ein solcher „Flickenteppich“ unterschiedlichster (abstrakter) Vorgaben für Abwägungsentscheidungen mit Sicherheit beanstandet werden und die Lage damit landesweit nur noch unübersichtlicher und schwieriger gemacht.

Im Fall einer übersandten Bewertungsmatrix kommt hinzu, dass die dortige Kommune die ihren näher bezeichneten „Kriterien“ zugeordneten konkreten *Punktzahlen* nicht nur im Rahmen der Auswahlentscheidung anwenden will, sondern auch im Rahmen der *Härtefall-*entscheidung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlÜG. Dafür dürfte sicherlich keinerlei Legitimation bestehen und die vorstehend beschriebene Problematik erst Recht gelten.

Das WM hält es nach alledem ebenfalls für zwingend geboten, eine sog. „Bewertungsmatrix“ (mit Vorgabe eines mehr oder weniger starren Punktesystems bzw. einer „maximal zu erreichenden Punktzahl“ für jeweils einschlägige bzw. für anwendbar erklärte Bewertungskriterien) oder vergleichbare Papiere der Gemeinden - sollten diese bereits existieren - *zurückzuziehen* und - falls eine Übersendung an Beteiligte und/oder deren Verfahrensbevollmächtigte bereits stattgefunden haben sollte - diese hiervon zu *benachrichtigen*, und beides in den Verwaltungsakten der zuständigen Behörde (Erlaubnisverfahrensakten nach § 41 LGlÜG) zu vermerken bzw. zu dokumentieren.

3. Notwendige Hinzuziehung konkurrierender Bewerber nach § 13 Abs. 2 Satz 2 LVwVfG im Rahmen von Erlaubnisverfahren nach § 41 LGLüG

Vom WM noch nicht abschließend geprüft worden ist die Frage, ob im Rahmen von Erlaubnisverfahren nach § 41 LGLüG bei Vorliegen von Anträgen konkurrierender Bewerber am gleichen Standort (500 m-Radius, gleiches Gebäude oder Gebäudekomplex) § 13 Abs. 2 Satz 2 LVwVfG anzuwenden ist mit der Folge, dass die zuständige Behörde Dritte als Beteiligte förmlich zum Verfahren (Verwaltungsverfahren) hinzuzuziehen hat mit der Folge, dass dies gleichermaßen auch in den Erlaubnisverfahren der anderen Bewerber - d.h. letztlich in *allen* bei der Behörde anhängigen Verwaltungsverfahren nach dem LGLüG - zu geschehen hat. Eine Anwendung des § 13 Abs. 2 Satz 2 LVwVfG wird in den hier angesprochen Fällen in der Literatur teilweise befürwortet (vgl. ohne nähere Begründung Lackner/Pautsch WiVerw. 2016, 203, 209).

Rechtsprechung zu dieser Frage existiert nach Kenntnis des WM derzeit noch nicht.

Bei der Vergabe von Sportwettenkonzessionen nach dem GlüStV gibt es eine gesetzlich festgelegte Limitierung der Zahl möglicher Konzessionen; bei der Vergabe von Standplätzen auf Märkten nach der GewO ergibt sich die Notwendigkeit einer Limitierung aus den jeweils eingeschränkten tatsächlichen räumlichen Gegebenheiten in der Gemeinde. Bei Erlaubnisverfahren nach § 41 LGLüG geht es um eine Vielzahl einzelner Verwaltungsverfahren konkurrierender Bewerber für Spielhallen, bei denen die Erlaubnisvoraussetzungen (Abstandsgebot, Verbundverbot) nach dem Gesetz (§ 42 LGLüG) derart beschaffen sind, dass - faktisch - nur ein Bewerber oder lediglich bestimmte Bewerber („Härtefallpersonen“) zum Zuge kommen können. Bei einem beamtenrechtlichen Auswahlverfahren hingegen steht nur *eine* einzelne Ernennung bzw. Beförderung oder eine Dienstpostenbesetzung zur Debatte; in diesen Fällen hat die Rechtsprechung eine förmliche Beteiligung der übrigen Bewerber für notwendig erachtet; ebenso wurde dies im Verfahren zur Erteilung einer weiteren Taxi-Erlaubnis wegen der vorhandenen Zulassungsbeschränkung im Taxigewerbe bejaht (vgl. Kopp, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 13 Rn. 44 m.N.).

Vor diesem Hintergrund hält es das WM für notwendig,

(1) Anträge konkurrierender Bewerber auf förmliche Hinzuziehung zum Verwaltungsverfahren nach § 13 Abs. 2 Satz 2 LVwVfG positiv zu bescheiden (eine förmliche Hinzuziehung

als Beteiligter hat nach dieser Vorschrift auf einen entsprechenden *Antrag* hin zu erfolgen (notwendige Hinzuziehung); allerdings kann unabhängig hiervon eine Hinzuziehung auch von Amts wegen stattfinden, vgl. Kopp/Ramsauer a.a.O. Rn. 46 unter Verweis auf § 13 Abs. 2 Satz 1 LVwVfG) und diesen Personen bzw. ihren Verfahrensbevollmächtigten auf Antrag auch die ihnen (*nach* der förmlichen Hinzuziehung als Beteiligte) gemäß § 29 LVwVfG zustehende Einsicht in die Verfassensakten zu gewähren. Allerdings ist im letztgenannten Fall § 29 Abs. 2 letzte Alt. VwVfG (keine Pflicht zur Gewährung von Akteneinsicht, „soweit die Vorgänge nach dem Gesetz oder ihrem Wesen nach, namentlich wegen der berechtigten Interessen der Beteiligten oder dritter Personen, geheim gehalten werden müssen“) zu beachten und der entsprechende Teil der Akten daher zurückzuhalten oder ggf. zu schwärzen.

(2) bei Anträgen konkurrierender Bewerber am gleichen Standort (500 m-Radius, gleiches Gebäude oder Gebäudekomplex) alle Bewerber mit Rücksicht auf § 13 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 LVwVfG schriftlich davon zu benachrichtigen, dass und welche Bewerber am gleichen Standort ebenfalls einen Erlaubnisantrag (und ggf. einen Härtefallantrag nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG) gestellt haben; dies dürfte angesichts des zwischenzeitlichen Ablaufs der Antragsfrist nach § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG unschwer möglich sein und wird lediglich etwas offenlegen, was - faktisch gesehen - im Umfeld der Betreiber bzw. der Bewerber vor Ort ohnehin schon länger bekannt sein dürfte.

Zur Rechtsbehelfsbelehrung (Belehrung über die Möglichkeit eines Widerspruchs) wird auf den Beschluss des BVerwG vom 11.3.2010 - 7 B 36/09 - (NJW 2010, 1686) zur Rechtsbehelfsbelehrung bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung hingewiesen. Vor dem Hintergrund dieser Entscheidung wird seitens des WM empfohlen, bei Anträgen konkurrierender Bewerber am gleichen Standort behördliche Rechtsbehelfsbelehrungen in Erlaubnisbescheiden und in Bescheiden, mit denen Erlaubnisanträge anderer Personen („Konkurrenten“) abgelehnt werden, formulierungsmäßig stets abstrakt (in unpersönlicher Passivform, wie in der Entscheidung des BVerwG näher beschrieben) abzufassen.

B. Fragenkatalog der Regierungspräsidien / der nachgeordneten Behörden

- 1. Wie verhalten sich die glücksspielrechtliche Erlaubnis nach § 41 LGLüG und die Härtefallregelung nach § 51 Abs. 5 LGLüG zueinander?**

Ist es empfehlenswert, die Auswahlentscheidung erst nach Ablauf der Erlaubnis nach § 41 und der zeitgleich erteilten synchronen Befristung zu treffen?

Antwort des WM:

Die Härtefallentscheidung ist nach dem Gesetz (§ 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG) - falls ein Antrag nach dieser Vorschrift gestellt wird - integraler Bestandteil der Entscheidung über die Erteilung der Erlaubnis nach § 41 LGLüG, denn ohne eine (befristete) Befreiung von der Einhaltung der Anforderungen des § 42 Abs. 1 und 2 LGLüG wäre die Erlaubnis zwingend zu versagen. Die Härtefallentscheidung ist in den vom Gesetz bestimmten Fällen Voraussetzung dafür, dass eine Erlaubnis nach neuem Recht (§ 41 LGLüG) überhaupt erteilt werden kann, und beinhaltet eine Ermessensentscheidung („kann“) über das „Ob“ und das „Wie“ (die Länge, „für einen angemessenen Zeitraum“) einer Befreiung.

Aus diesem Grunde stellt sich die Frage, ob es „empfehlenswert ist, die Auswahlentscheidung erst *nach* Ablauf der Erlaubnis nach § 41 und der zeitgleich erteilten synchronen Befristung zu treffen“, von vornherein so nicht.

- 2. Eine Stadt schlägt vor, eine längere Übergangsfrist für alle Hallen mit langem Bestandsschutz für die nächsten 10 bis 15 Jahre vorzusehen, danach aber alle ohne jede Verlängerungsmöglichkeit zu schließen. Dann müssten alle Investitionen abgeschrieben und alle Mietverträge ausgelaufen sein.**

Antwort des WM:

Die behördliche Festlegung einer „Übergangsfrist“ für Spielhallen mit langem Bestandsschutz (Fälle des § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG) ist nach dem Gesetz nicht vorgesehen, nur eine - ausschließlich auf Antrag ergehende - Entscheidung über eine Befreiung von der Einhaltung der Anforderungen des § 42 Abs. 1 und 2 LGLüG und über deren Länge („für einen angemessenen Zeitraum“). Der „angemessene Zeitraum“ ist im Einzelfall festzulegen und in der Erlaubnis (der dort enthaltenen Entscheidung über die Befreiung) zu begründen.

Daraus ergibt sich zugleich, dass die pauschalierende Festlegung einer „Übergangsfrist“, in der alle in Betracht kommenden Spielhallen gewissermaßen „über einen Kamm geschoren“ werden, nicht in Betracht kommt. An dem Charakter der Härtefallentscheidung (Entscheidung über eine Befreiung) als einer Einzelfallentscheidung

(nach Ermessen) kommt die zuständige Behörde vor Ort - wenn entsprechende Anträge nach § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG gestellt werden - nicht vorbei.

3. Wie lange kann eine Befreiung nach § 51 Abs. 5 maximal erteilt werden?

In den Anwendungshinweisen (S. 28 oben) wird mit Bezug auf die Geltungsdauer des Glücksspiel-Staatsvertrages als äußerste zeitliche Grenze der 30.6.2021 genannt.

Antwort des WM:

Das WM hat die in Rede stehende Frage mit Schreiben (E-Mail des MFW) vom 4.3. 2016 bereits beantwortet und hierzu eine ausführliche Begründung gegeben, auf die in diesem Zusammenhang Bezug genommen wird.

4. Zum Standard der Begründungen zählen Verweise auf langfristige Miet- bzw. Pachtverträge sowie langfristige Abschreibungsdauern für Investitionen wie Umbauten. So werden z. T. 20-jährige Abschreibungsfristen für Maßnahmen, die kurz vor November 2011 getätigt wurden, geltend gemacht. Dies wird durch Steuerberater und andere Personen bestätigt. Mangels einschlägiger Spezialkenntnisse wären hier Hinweise hilfreich, welches Vorbringen hier wie weit berücksichtigt werden kann.

In der Besprechung erörterter Lösungsvorschlag:

In den Anwendungshinweisen wird auf Seite 26 „Art und Ausmaß getätigter Investitionen“ zwar angesprochen, hierzu aber keine näheren Details genannt. Auf S. 28, vierter Absatz ist von langfristigen Zahlungsverpflichtungen die Rede.

Antwort des WM:

Das Gesetz nennt „Anhaltspunkte“ für das Vorliegen einer unbilligen Härte (§ 51 Abs. 4 Satz 4 LGLüG) und erwähnt dabei ausdrücklich „Investitionen, die im Vertrauen auf den Bestand der nach Maßgabe des bisher geltenden Rechts erteilten Erlaubnis getätigt wurden“ und bisher „nicht abgeschrieben werden konnten“.

In den „Anwendungshinweisen“ des MFW (S. 23) wird betont, der StGH BW habe „im Zusammenhang mit der einjährigen Übergangsfrist ausgeführt, dass Investitionen in Spielhallen in diesen Fällen auf eigenes Risiko zu einem Zeitpunkt getätigt wurden, zu

dem auf den Fortbestand der geltenden Rechtslage nicht mehr vertraut werden durfte. Die fünfjährige Übergangsfrist (langer Bestandsschutz) wurde ebenfalls für verfassungsgemäß befunden. Diesbezüglich hat der StGH klargestellt, dass der Gesetzgeber zur Wahrung des Vertrauensschutzes nicht gehalten war, eine an der individuellen Amortisation ausgerichtete, gestaffelte Übergangsfrist festzulegen.“ Nach der Rechtsprechung müssen Übergangsregelungen nicht die uneingeschränkte Ausnutzung vorhandener Rechtspositionen im Sinne einer Amortisation garantieren, sie sollen vielmehr die Umdisponierung innerhalb eines angemessenen Zeitraums ermöglichen (vgl. OVG Lüneburg, Beschluss vom 7.1.2014 - 7 ME 90/13, Juris Rn. 40 = ZfWG 2014, 115; OVG Saarlouis, Beschluss vom 10.2.2014 - 1 B 476/13 -, Rn. 51 = ZfWG 2014, 124; VG Oldenburg, Beschluss vom 3.9.2013 - 12 B 5333/13 -, Juris, Rn. 32, ZfWG 2014, 149 LS). Beide Oberverwaltungsgerichte führen hierzu sinngemäß aus, dass Spielhallenbetreiber keinen Anspruch darauf haben, die Spielhallen so lange betreiben zu dürfen, bis sich die getätigten Investitionen amortisiert haben. Spätere obergerichtliche Entscheidungen haben diese Rechtsprechung bestätigt.

Das bedeutet, dass nicht schon die fehlende Amortisation für sich genommen oder steuerliche Abschreibungsfristen *allein* die Annahme einer unbilligen Härte begründen können. Erforderlich ist vielmehr immer eine auf den *Einzelfall* bezogene *individuelle* Betrachtung und eine Abwägung *aller* relevanten, vom Antragsteller vorgetragene (Mitwirkungspflicht) und von der Behörde (ergänzend) von Amts wegen ermittelten Umstände. Die Anwendungshinweise enthalten hierzu auf S. 25 ff. diverse Erläuterungen und Klarstellungen, die nachgeordneten Behörden eine Hilfestellung geben, die notwendige Beurteilung im Einzelfall vorzunehmen zu können.

Beispielsweise heißt es auf S. 28 im drittletzten Absatz (zu dem in der o.g. Fragestellung angesprochenen Fall einer „Maßnahme ... kurz vor November 2011“) ausdrücklich: „Bei geltend gemachten Zahlungsverpflichtungen ist u.a. von Bedeutung, wann und für welchen Zeitraum diese eingegangen wurden, letzteres insbesondere dann, wenn der Zeitraum ungewöhnlich lange erscheint oder die Möglichkeit zur Auflösung des Vertrags nicht zulässt oder wenn z.B. der Vertragsabschluss kurz vor dem maßgeblichen Stichtag zum 18.11.2011 erfolgte.“

Unabhängig hiervon bedarf es nach § 51 Abs. 4 Satz 4 LGLüG - jedenfalls bei den in der obigen Fragestellung der RPs erwähnten Verträgen und Investitionen wie Umbauten - *stets* eines *Vertrauenstatbestands* („... und Investitionen, die *im Vertrauen* auf ... getätigt wurden“), d.h. einer Investitionsentscheidung im tatsächlichen - und

berechtigten - Vertrauen darauf, dass die bereits erteilte Erlaubnis nach § 33i GewO weiterhin alleinige Grundlage des Spielhallenbetriebs bleiben wird.¹ Dieses Vertrauen kann ab einem bestimmten Zeitpunkt verloren gegangen sein mit der Folge, dass Verträge und Investitionen *nach* einer solchen Erkenntnis als „risikobehaftet“ einzustufen sind und daher ganz oder teilweise nicht mehr am Schutz durch § 51 Abs. 4 LGlüG teilhaben bzw. spätestens auf der Ermessenseite (dem „Ob“ einer Befreiung) „herausfallen“ oder auf der Zeitschiene (dem „Wie“ = „für einen angemessenen Zeitraum“) nur noch eingeschränkt berücksichtigt werden können. Der einer Erlaubnis nach § 33i GewO ggf. beigefügte Hinweis auf die zu erwartende künftige Rechtslage nach dem GlüÄndStV kann bspw. ein Grund dafür sein, einen Vertrauenstatbestand auch in Fällen einer Investition *vor* dem Stichtag des § 51 Abs. 4 Satz 2 n.F. LGlüG (18.11.2011) zu verneinen oder das Vertrauen unter Berücksichtigung weiterer Umstände zumindest als „gemindert“ anzusehen.

5. Zu welchem Zeitpunkt soll die Erlaubnis nach fristgerechtem Eingang und Vorliegen aller Voraussetzungen erlassen werden? Sobald die Voraussetzungen erfüllt sind oder erst im Jahr 2017 vor Ablauf der Übergangsfrist?

In der Besprechung erörterter Lösungsvorschlag:

Es wird davon ausgegangen, dass die neue Erlaubnis zwar sobald als möglich erlassen wird, die Wirksamkeit aber aufschiebend auf das Auslaufdatum der bisherigen Erlaubnis zum 30.6.2017 bedingt wirksam wird. Sonst gäbe es eine doppelte Erlaubnis bis zum 30.6.2017. Eine Befreiung ist vorher auch nicht erforderlich, da eine gesetzliche Duldung des überschrittenen Abstands vorliegt. Das ist eine ungewöhnliche Praxis, da sich die persönliche Zuverlässigkeit und finanzielle Unbedenklichkeit des Betriebs bis dahin nachteilig ändern könnten.

Antwort des WM:

Im Grundsatz gilt: Das Gesetz gibt vor, dass Verwaltungsverfahren zügig durchzuführen sind (§ 10 Satz 2 LVwVfG). Ist ein Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis nach § 41 LGlüG entscheidungsreif, besteht keine Handhabe und unter dem Gesichtspunkt

¹ Der VGH BW hat in seinem Beschluss vom 13.7.2015 - 6 S 679/15 - (ZfWG 2015, 383) klargestellt, der Gesichtspunkt einer Amortisierung bereits getätigter Investitionen sei im Rahmen einer Interessenabwägung nach § 80 Abs. 5 VwGO (gegen eine sofort vollziehbare Untersagung des weiteren Spielhallenbetriebs nach § 15 Abs. 2 GewO wegen fehlender Erlaubnis nach § 41 LGlüG) unter Vertrauensschutzgesichtspunkten nur bedeutsam für Investitionen *vor dem Stichtag* gemäß der Übergangsregelung des § 29 Abs. 4 GlüStV bzw. des § 51 Abs. 4 LGlüG (BA S. 16).

einer Amtshaftung der zuständigen Behörde auch keine Berechtigung, das Verfahren unnötig zu verzögern.

In den Fällen des § 51 Abs. 4 Satz 1 LGlüG (Spielhallen mit langem Bestandsschutz) ist eine Erlaubnis nach § 41 LGlüG allerdings erst *nach* dem 30.6.2017 *erforderlich*, da bis zu diesem Zeitpunkt die bereits erteilte Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO Grundlage des Spielhallenbetriebs bzw. Rechtsgrundlage für deren Fortführung bleibt (klarstellender Hinweis: Der in der Fragestellung angesprochene Fall einer „gesetzlichen Duldung des überschrittenen Abstands“ liegt hier nicht vor, weil § 41 i.V.m. § 42 LGlüG erst *nach* dem 30.6.2017 anzuwenden ist, der Gesetzgeber mithin die Geltung des Abstandsgebots bei Spielhallen mit langem Bestandsschutz für einen erst späteren Zeitpunkt angeordnet hat). Es besteht daher bei diesen Spielhallen - mangels Notwendigkeit - kein Rechtsschutzbedürfnis für eine vorzeitige Erteilung der Erlaubnis *vor* dem 30.6.2017.

Da wegen der Ausschlussfrist des § 51 Abs. 3 Satz 3 LGlüG alle Erlaubnisansträge, auch diejenigen etwaiger „Konkurrenten“ am Standort, bis zum 29.2.2016 eingegangen sein müssen, kann die zuständige Behörde mit Blick auf das Datum des 30.6.2017 die notwendige Spruchreife (Entscheidungsreife) binnen einer angemessenen Bearbeitungszeit herstellen.

Mit Rücksicht darauf, dass der StGH (VerfGH) BW in seinem Urteil vom 17.6.2014 zur Verfassungsmäßigkeit der Ausschlussfrist nach § 51 Abs. 4 Satz 3 a.F. LGlüG davon gesprochen hat, Betreiber von Spielhallen mit langem Bestandsschutz hätten - auch mit Blick auf eine mögliche Konkurrenz mehrerer Antragsteller - wegen der bestehenden Ungewissheit über eine Fortsetzung des eigenen Spielhallenbetriebs ein anerkanntes Interesse daran, nicht erst kurz vor dem Eingreifen der neuen landesrechtlichen Erlaubnispflicht zu erfahren, ob sie den Betrieb fortsetzen können (UA S. 105 = juris Rn. 379 ff.), wird man allerdings von einer Pflicht der Behörden ausgehen müssen, bei gegebener Entscheidungsreife die Entscheidung über die Erteilung der Erlaubnis nach § 41 LGlüG - ggf. verbunden mit einer Härtefallentscheidung nach § 51 Abs. 4 LGlüG - *zu treffen* und deren *Wirksamwerden*, wie von den Regierungspräsidien vorgeschlagen, an das Datum des 30.6.2017 bzw. des 1.7.2017 zu knüpfen.

(Ergänzender Hinweis: Von einem „Auslaufdatum der bisherigen Erlaubnis zum 30.6.2017“, wie im Lösungsvorschlag formuliert, kann nicht gesprochen werden, weil die Erlaubnis nach § 33i GewO nach dem Gesetz nicht zum 30.6.2017 „ausläuft“, d.h. unwirksam wird, sondern lediglich keine ausreichende Rechtsgrundlage für den Spiel-

hallenbetrieb mehr bildet, da nach dem 30.6.2017 gemäß § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG „zusätzlich“ eine Erlaubnis nach § 41 LGLüG erforderlich ist).

Das heißt konkret: In der Erlaubnis ist der *Beginn der Vergünstigung* gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 1 LVwVfG auf den 1.7.2017 zu bestimmen (Befristung). Zu tenorieren ist also bspw.: „Auf ihren Antrag vom ... wird Ihnen *mit Wirkung vom 1.7.2017 an* die Erlaubnis erteilt, ...“.

Eine aufschiebende *Bedingung* - wie im Lösungsvorschlag angesprochen („aufschiebend auf das Auslaufdatum der bisherigen Erlaubnis zum 30.6.2017 bedingt wirksam“) - kommt im Rahmen der Erlaubnisentscheidung nach § 41 LGLüG demgegenüber nicht in Betracht, denn die Festlegung einer Bedingung ist nach § 36 Abs. 2 Nr. 2 LVwVfG nur in Bezug auf den Eintritt oder den Wegfall eines zukünftigen ungewissen Ereignisses zulässig, nicht aber dann, wenn - wie hier- allein ein bestimmtes *Datum* in Rede steht, dessen Eintritt kalendermäßig gewiss ist.

- 6. Die Antragsteller begründen ihre Anträge auch damit, dass aus den unterschiedlichsten Gründen keine anderweitige Nutzung der Räume möglich ist. Können hier Nachweise und vor allem welche Nachweise gefordert werden, die belegen, dass trotz Bemühungen keine anderweitige Nutzung möglich ist.**

In der Besprechung erörterter Lösungsvorschlag:

Falls die Räume „ zur Nutzung als Spielhalle“ vermietet sind, könnte für den bisherigen Mieter vielleicht ein „Ausstieg“ hierüber möglich sein (Wegfall der Geschäftsgrundlage). Falls eine vorzeitige Auflösung des Vertrags nicht möglich ist (wird wahrscheinlich durchgehend so behauptet), kommt bei dem großen Raumbedarf („Halle“) ohne größere Umbauten nicht jede andere Nutzung in Frage. Der Betreiber kann bspw. nicht einfach aus dem Stand eine Gaststätte betreiben. Anzeigen im Internet oder in der Zeitung könnten seine Bemühungen allerdings belegen. Das RP ... verlangt Standortkonzepte, Kontaktaufnahme mit der Gemeinde, IHK, Wirtschaftsförderern, Inserate etc. Das RP ... verneint einen Härtefall, wenn solche Nachweise fehlen. Das Urteil des KG Berlin, Urt. vom 14.7.2014, 8 U 140/13 könnte hier hilfreich sein.

Antwort des WM:

Die Auffassung und die Vorgehensweise des RP treffen grundsätzlich zu.

In den „Anwendungshinweisen“ des MFW (S. 28) heißt es ausdrücklich: „Zwar gilt auch

im Verfahren zur Erteilung einer Spielhallenerlaubnis nach dem LGlüG der Untersuchungsgrundsatz (§ 24 LVwVfG); die Gründe, die zur Annahme einer unbilligen Härte führen, liegen jedoch regelmäßig in der Sphäre des Betroffenen. Die Darlegungs- und Beweislast für die zur Beurteilung des Härtefalls maßgeblichen Tatsachen liegt daher in erster Linie beim Gewerbetreibenden; er muss vorbringen, welche Gesichtspunkte für das Vorliegen eines Härtefalls und für eine Ermessensentscheidung der Behörde zugunsten einer - zeitlich befristeten, für einen „angemessenen Zeitraum“ geltenden - Befreiungsentscheidung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 sprechen.“

Diese Mitwirkungspflicht des Antragstellers (§ 26 Abs. 2 LVwVfG) gilt auch in Bezug auf die Darlegung und den Beleg der Tatsache, dass ihm aus bestimmten, von ihm behaupteten Gründen keine anderweitige Nutzung der Spielhallenräume möglich ist. Diese Gründe können tatsächlicher und/oder rechtlicher (insbesondere vertragsrechtlicher) Natur sein und mit Gegebenheiten zusammenhängen, die die Behörde nicht kennt und die daher *darzulegen* und auf ihr Verlangen zu *belegen* sind, da im Verwaltungsverfahren - ähnlich wie im Verwaltungsprozess - der „Überzeugungsgrundsatz“ gilt (vgl. zu Letzterem Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl. 2011, § 24 Rn. 11 f.). Daher können seitens der zuständigen Behörde auch grundsätzlich eine Darlegung (und Nachweise) dafür verlangt werden, dass und wann der Antragsteller sich um eine anderweitige Nutzung der Räume durch ihn selbst oder dritte Personen bemüht hat und aus welchen Gründen diese Bemühungen fehlgeschlagen sind. Allerdings dürfen die diesbezüglichen Anforderungen seitens der zuständigen Behörde nicht überspannt werden, da das Gesetz in § 51 Abs. 5 Satz 4 nur die grundsätzliche Darlegung verlangt, dass „eine Anpassung des Betriebs an die gesetzlichen Anforderungen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich oder mit einer wirtschaftlichen Betriebsweise nicht vereinbar ist“ und nicht *ausdrücklich* fordert, dass der Antragsteller sich gewissermaßen „Tag und Nacht“ darum bemüht hat, Alternativen für die gewerbliche Nutzung seiner Räume zu finden. Andererseits zeigt die Verwendung des Wortes „Anpassung“, dass unter Zugrundelegung dessen, was ein vernünftiger Gewerbetreibender im Hinblick auf eine alternative Nutzung an Bemühungen anstellen würde, die Behörde Belege dafür fordern kann, welche Aktivitäten der Antragsteller ergriffen hat, um eine Anschlussnutzung der Spielhallenräume durch ihn selbst oder dritte Personen zu ermöglichen. Ganz bestimmte Aktivitäten - nach dem Motto: „Das hätte auf *jeden* Fall unternommen werden müssen - dürfen von der Behörde allerdings nicht gefordert werden; es geht nur darum, in einer Gesamtwürdigung, ob ein Härtefall vorliegt, dieje-

nigen Aktivitäten zu bewerten, die vom Antragsteller zur Abwendung wirtschaftlicher und rechtlicher Nachteile mit Blick auf das „Auslaufdatum“ des 30.6.2017 ergriffen worden sind. Dazu kann bspw. auch eine anwaltliche Stellungnahme zu der Frage gehören, ob mit hinreichender Aussicht auf Erfolg eine Berufung auf einen „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ bei (miet- oder pacht-)vertraglichen Beziehungen in Betracht kommt bzw. gekommen wäre, oder eine vom Antragsteller beigebrachte oder von der Behörde auf dessen Antrag eingeholte Auskunft (§ 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 LVwVfG) der zuständigen Gaststättenbehörde und der Baubehörde zu der Frage, ob nach Lage der Dinge unter bau- und gaststättenrechtlichen Gründen z.B. eine Anschlussnutzung der Spielhallenräume als Gaststätte grundsätzlich möglich wäre oder eine solche Nutzung von vornherein ausgeschlossen oder jedenfalls mit „Hindernissen“ verbunden wäre, die nicht ohne weiteres bzw. ohne erhebliche Investitionen ausräumbar wären. Auch diesbezüglich - bei der Darlegung zur Verfügung stehender oder fehlender Möglichkeiten einer Anschlussnutzung der Spielhallenräume - gilt, was in den „Anwendungshinweisen“ des MFW (S. 26) bereits allgemeingültig festgehalten wird: Aufgrund der Vielgestaltigkeit der Lebenswirklichkeit erscheint es ausgeschlossen, alle denkbaren Fallkonstellationen darzustellen, bei denen eine „unbillige Härte“ vorliegt. Denn bei der behördlichen Prüfung sind sämtliche vom Antragsteller im Rahmen des § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG vorgebrachten besonderen Umstände des Einzelfalls und die in diesem Zusammenhang relevanten Beweismittel zu würdigen.“

7. Wie ist vorzugehen, wenn Investitionen für eine konkrete Halle getätigt wurden, es trotz ausreichender Nachweise aber nicht möglich ist, diese Investition der jeweiligen Halle zuzuordnen (z. B. unklare Rechnungen)?

In der Besprechung erörterter Lösungsvorschlag:

Hierzu gibt es Ausführungen in den Anwendungshinweisen auf Seite 26 letzter Absatz und 27 erster Absatz:

„hier hat eine Umrechnung auf Basis bestimmter, von der Behörde anzuwendender „fairer“ Faktoren (Flächenmaßstab bei gleichmäßigem Vorteil für die beteiligten Spielhallen, konkret „anteilige Betrachtung“ bei schwerpunktmäßig unterschiedlicher Verteilung einer Investition auf die beteiligten Spielhallen stattzufinden.“

Es ist die Pflicht des Betreibers, seine Unterlagen so zu führen, dass er nachweisen kann, welche Investitionen für welche Halle getätigt wurden. Sollten Unklarheiten auf-

getreten sein, wäre es seine Pflicht, diese frühzeitig zu klären. Wenn nicht, geht diese Tatsache zu seinen Lasten. Er ist in der Beweislast.

Antwort des WM:

Die Auffassung im Lösungsvorschlag trifft grundsätzlich zu, allerdings sind Konstellationen denkbar, in denen der Antragsteller bei Vornahme von umfassenderen Investitionen in mehrere Objekte ggf. nicht damit rechnen musste, dass es zu einem späteren Zeitpunkt auf eine „hallscharfe“ Abgrenzung jeder einzelnen Investition ankommt. Ob dies der Fall ist oder nicht, entzieht sich einer allgemeingültigen Beurteilung und ist im Einzelfall zu klären, wobei es grundsätzlich Sache des Antragstellers ist, die bei ihm vorhandenen oder von dritter Seite zu beschaffenden Unterlagen vorzulegen, die eine Zuordnung der in Rede stehenden Investitionen ermöglichen (Pläne, Angebotsunterlagen, Rechnungen etc.) und/oder ggf. Zeugen zu benennen, die hierüber Auskunft geben können (§ 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und 3 LVwVfG).

- 8. Wo liegt die Grenze zwischen einem finanziellen Verlust als typisches Ergebnis des Gesetzvollzuges und wirtschaftlichen Folgen i. S. des § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG? Gemäß den Anwendungshinweisen sind Auswirkungen, die ein typisches Ergebnis des Gesetzvollzuges darstellen, keine unbillige Härte. Darunter fallen Arbeitsplatzverlust und finanzielle Verluste des Betreibers.**

In der Besprechung erörterter Lösungsvorschlag:

Finanzielle Verluste des Betreibers, die als Ergebnis des Gesetzvollzuges eintreten, sind lediglich diejenigen Verluste, die darauf beruhen, dass die persönliche Einnahmequelle des Betreibers wegfällt und dadurch direkt mit finanziellen Folgen für den Betreiber und seine Familie zu rechnen ist. Dies ist nicht als unbillige Härte zu bewerten, da das Risiko der Arbeitslosigkeit in jedem Berufsfeld besteht. Allerdings sind Zahlungsverpflichtungen des Betreibers im Zusammenhang mit dem Betrieb einer Spielhalle zu berücksichtigen, wie die Rückzahlung von Darlehen für den Erwerb und die Instandhaltung der Halle oder die Anschaffung von Spielgeräten. Ebenso ist die Laufzeit von Pachtverträgen zu beachten.

Antwort des WM:

Die Auffassung im Lösungsvorschlag trifft mit Blick auf die allgemeinen Ausführungen

auf S. 25 (vorletzter Absatz) der „Anwendungshinweise“ des MFW grundsätzlich zu. Das Gesetz nennt in § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG als Beispiel für eine unbillige Härte („insbesondere“) die aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen gegebene *Unmöglichkeit* einer Anpassung des Betriebs an die gesetzlichen Anforderungen und erwähnt dabei außerdem die *wirtschaftliche Betrachtungsweise*, die einer solchen Anpassung entgegensteht. Daraus erhellt, dass der Gesetzgeber - als Maßstab für die behördliche Beurteilung - einen „wirtschaftlich vernünftig denkenden Menschen“ vor Augen hat, wenn es um die Frage einer Anpassung des Betriebs an die künftig geltende Rechtslage (konkret: § 42 Abs. 1, 2 LGlüG) geht. Daraus kann allgemein gefolgert werden, dass seitens der zuständigen Behörde auch in *anderer* Hinsicht vom Betreiber (positiv) nur etwas gefordert werden kann oder gefordert werden könnte, was einer wirtschaftlich vernünftigen Betrachtungsweise entspricht. Üblicherweise eintretende tatsächliche oder wirtschaftliche Nachteile, die mit der Aufgabe eines Gewerbebetriebs verbunden sind (wie Arbeitsplatz- und Einkommensverlust des Inhabers), gehören demgegenüber regelmäßig nicht zu den in § 51 Abs. 5 LGlüG angesprochenen Härtefallumständen, sondern zu den auf S. 25 der Anwendungshinweise angesprochenen „*allgemeinen* Friktionen und Härten“.

- 9. In den Anwendungshinweisen (S. 23/24) wird darauf hingewiesen, dass für die Spielgeräte eine Abschreibungsdauer von vier Jahren zu berücksichtigen ist. Welche Abschreibungsdauer ist für Gebäude und sonstige Einrichtungsgegenstände zugrunde zu legen ? Bis zu welchem Jahr vor Inkrafttreten des Gesetzes werden Investitionen berücksichtigt?**

Antwort des WM:

Vgl. zunächst Antwort zu Frage 4.

Während Grund und Boden als nicht abnutzbares Wirtschaftsgut keiner Abschreibung unterliegt, gilt für gewerblich genutzte Gebäude grundsätzlich eine lineare Abschreibung in Höhe von 3 % jährlich. Allerdings ist bei der Beurteilung der Frage, ob insoweit beim Betreiber der Spielhalle - sofern er überhaupt Eigentümer des Grundstückes und des sich darauf befindlichen Gebäudes ist - ein Härtefall vorliegt, zu berücksichtigen, dass das Gebäude - wie auch das Grundstück - nicht "wertlos" geworden ist und dieser Wert z.B. durch Veräußerung realisiert werden kann. Dasselbe gilt für andere Einrichtungsgegenstände wie z. B. Theken o.ä., die ebenfalls anderweit genutzt oder veräu-

bert werden können. Dies spricht im Regelfall gegen die Annahme einer unbilligen Härte i.S.v. § 51 Abs. 5 Satz 1 und 4 LGLüG.

10. Müssen auch private Kredite des Betreibers z. B. für ein Wohnhaus oder können nur Kredite für die Spielhalle berücksichtigt werden?

In der Besprechung erörterter Lösungsvorschlag:

Private Kredite wie für ein Wohnhaus werden auf privates Risiko aufgenommen. Es kann in jedem Berufsfeld vorkommen, dass man seinen Arbeitsplatz verliert. Das Risiko, einen privaten Kredit nicht zurückzahlen zu können, ist keine Folge der Anforderungen des Landesglücksspielgesetzes.

Anders sieht es aus mit Krediten, die für die Spielhalle aufgenommen wurden. Das Risiko, diese nicht bedienen zu können ist durch das Landesglücksspielgesetz deutlich gestiegen. In diesen Fällen muss die restliche Laufzeit, die Höhe der Verbindlichkeiten sowie die Möglichkeit alternativer Nutzung der Räumlichkeiten betrachtet werden.

Antwort des WM:

Der Auffassung im Lösungsvorschlag ist nach Auffassung des WM zuzustimmen. Es ist zu unterscheiden, ob Kredite (und drohende finanzielle Engpässe) allein den persönlichen Lebensbereich betreffen oder diejenige(n) Spielhalle(n), für die eine Erlaubnis ohne Rücksicht auf die Anforderungen des § 42 Abs. 1 und 2 LGLüG (Befreiung nach § 51 Abs. 5 LGLüG) beantragt wird.

11. Gemäß den Anwendungshinweisen können Befreiungen von § 42 LGLüG für einen „angemessenen Zeitraum“ erteilt werden. Wann handelt es sich um einen „angemessenen“ Zeitraum?

In der Besprechung erörterter Lösungsvorschlag:

Der angemessene Zeitraum ist für jede Halle individuell festzulegen. Als angemessen für die jeweilige Härte erscheint der Zeitraum, über den die Zahlungsverpflichtungen und Abschreibungsfristen des Betreibers laufen. Die zeitliche Obergrenze liegt beim Jahr 2021, dem vorläufigen Auslaufen des ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags.

Antwort des WM:

Der Aussage im Lösungsvorschlag ist nur bezüglich des ersten und des dritten Satzes uneingeschränkt zuzustimmen (zur Geltungsdauer des GlüStV als äußerste zeitliche Grenze für Befreiungen nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG vgl. bereits oben zu Frage 3). Für die Aussage im zweiten Satz gilt: Für die Festlegung, was ein angemessener“ Zeitraum i.S.d. § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG ist, ist auf *sämtliche* Gesichtspunkte zurückzugreifen, die im Rahmen der Ermessensentscheidung nach der Härtefallregelung eine Rolle spielen, d.h. es ist seitens der Behörde vor dem Hintergrund aller Erkenntnisse aus dem Verwaltungsverfahren insgesamt *abzuwägen*, was nach Lage der Dinge noch angemessen ist und was nicht („Wie“ der Befreiung: welche Länge einer Befreiung von den Anforderungen nach § 42 Abs. 1 und 2 LGLüG ist im konkreten Fall angebracht?). Dafür lassen sich keine allgemeingültigen Maßstäbe aufstellen, da dies von der Würdigung der relevanten Umstände des *jeweiligen Einzelfalls* abhängt und der zuständigen Behörde insoweit ein Beurteilungsspielraum zukommt.

12. Die Anwendungshinweise gehen davon aus, dass es keine Auswahlentscheidung darstellt, wenn bei mehreren an einem Standort konkurrierenden Spielhallen mit langem Bestandsschutz alle Bewerber ggf. von Härtefallentscheidungen eine Konzession erhalten. Wir verstehen dies so, dass einem Bewerber eine Vollkonzession und allen anderen eine Härtefallkonzession erteilt wird; denn die Erteilung mehrerer Vollkonzessionen unterhalb des Mindestabstandes ist vom Gesetz her gerade nicht gewollt.

Ist dies zutreffend? Angesichts der Abstufung zwischen Voll- und Härtefallkonzession stellt die Auswahl des vollkonzessionierten Bewerbers im Verhältnis zu allen anderen lediglich härtefallkonzessionierten Bewerbers nach unserem Verständnis eine Auswahlentscheidung dar. Für diese Auswahlentscheidung enthalten die Anwendungshinweise keine Kriterien. Sollen hier die ab Seite 31 gemachten Ausführungen zur Konkurrenzsituation, bei der einzelne Bewerber leer ausgehen, also keine Konzession erhalten, entsprechend gelten?

Antwort des WM:

Im Falle einer Konkurrenz mehrerer Betreiber von Spielhallen mit langem Bestandsschutz ist *jeder* Betreiber im Verhältnis zu den anderen Betreibern (Antragstellern) ein „Konkurrent“ und *jede* der beteiligten Spielhallen im Verhältnis zu den anderen vor dem

Hintergrund der Erlaubnisvoraussetzung(en) nach § 42 Abs. 1 und 2 LGlüG ein „Problemfall“. Das gilt auch für den in der Fragestellung angesprochenen Bewerber um eine „Vollkonzession“, denn eine solche könnte unter Berücksichtigung der Tatsache, dass *auch andere* Bewerber im 500 m-Radius (bzw. im gleichen Gebäude oder Gebäudekomplex) eine Spielhalle betreiben wollen und über sämtliche Erlaubnis-anträge (gerade) noch nicht entschieden ist, nicht erteilt werden. Die in der Fragestellung angesprochene Frage einer „Abstufung zwischen Voll- und Härtefallkonzession“ *stellt sich daher von vornherein nicht*, eben so wenig die Frage einer „Auswahl des vollkonzessionierten Bewerbers im Verhältnis zu allen anderen lediglich härtefallkonzessionierten Bewerbern“. Denn in der beschriebenen besonderen Situation (Vorliegen mehrerer, sich gegenseitig nach § 42 Abs. 1, 2 LGlüG *ausschließender* Erlaubnis-anträge) muss für *jeden* der Bewerber eine Härtefallentscheidung getroffen werden. Kommt die Behörde hiernach zu dem Ergebnis, dass mehr als ein Bewerber im 500 m-Radius (bzw. im gleichen Gebäude oder Gebäudekomplex) eine Befreiung von den Anforderungen des § 42 Abs. 1, 2 LGlüG erhalten muss bzw. soll, hat es damit sein Bewenden, denn das Gesetz geht davon aus, dass in diesem Fall *mehrere* Spielhallen im 500 m-Umkreis usw. vorübergehend weiter betrieben werden *können*, weil die Geltungsanordnung nach § 42 Abs. 1 und 2 LGlüG gegenüber den beteiligten Spielhallen nach dem Gesetz (aufgrund der Befreiungsentscheidung) zurücktritt.

- 13. Ist es auch denkbar, dass die Behörde gar keine Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Spielhallen trifft, sondern alle Anträge aufgrund der Konkurrenz ablehnt oder aber für alle eine Härtefallkonzession und damit gar keine Vollkonzession erteilt? Bedeutet die Auswahlentscheidung neben der Abgrenzung zwischen Voll- und Härtefallkonzession auch die Auswahl zwischen den Härtefällen untereinander? Zum einen liegt nicht immer tatsächlich ein Härtefall vor, zum anderen ist laut den Anwendungshinweisen auch die Ablehnung eines Härtefalls möglich.**

Antwort des WM:

Im Falle einer Konkurrenz mehrerer Betreiber von Spielhallen mit langem Bestandschutz muss jedenfalls dann keine Auswahlentscheidung getroffen werden, wenn die Anwendung der Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 LGlüG zu dem Ergebnis führt, dass jeder einzelne Bewerber am Standort zum Zuge kommt, weil dann mehrere Bewerber -

ganz legal - innerhalb des 500 m-Radius (bzw. innerhalb desselben Gebäudes oder Gebäudekomplexes) ihre Spielhalle weiter betreiben dürfen und das Abstandsgebot bzw. das Verbundverbot nach § 42 Abs. 1 und 2 LGLüG aufgrund der ausgesprochenen Befreiung(en) unter ihnen nicht zum Tragen kommt.

Fallen einer oder mehrere Bewerber im Zuge der behördlichen Prüfung indes durch das „Raster“ der Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 LGLüG - sei es, dass die Behörde das Vorliegen eines Härtefalls tatbestandlich verneint oder in Anwendung ihres Ermessens auf der Rechtsfolgenseite von einer Befreiung (rechtmäßig) absieht, kommt für diesen bzw. *diese* Bewerber (Antragsteller) die volle „Härte des Gesetzes“, d.h. das Abstandsgebot und das Verbundverbot, zum Tragen mit der Folge, dass er bzw. sie keine Erlaubnis nach § 41 LGLüG mehr erhalten kann/können und *in Bezug auf ihn/sie* schon von daher keine Auswahlentscheidung zu treffen ist. Dies gilt auch für den im ursprünglichen Lösungsvorschlag erwähnten Fall einer Konkurrenz von (nur) *zwei* Bewerbern (Betreibern von Spielhallen mit langem Bestandsschutz), bei dem „sich nur zwei konkurrierende Spielhallen gegenüber stehen“ und „die Voraussetzungen für die Annahme eines Härtefalls nur bei *einer* der beiden Spielhallen vorliegen“. Bei zwei zum Zeitpunkt des Ablaufs der Antragsfrist am 29.2.2016 (§ 51 Abs. 4 Satz 3 LGLüG) konkurrierenden Bewerbern um eine Erlaubnis für eine Spielhalle innerhalb des 500 m-Radius (Beispiel) kann über den Antrag des einen wie des anderen nur gleichzeitig entschieden werden. Kommt bei dem *einen* die Vergünstigung des § 51 Abs. 5 LGLüG - gleich aus welchen Gründen - nicht zum Tragen, entfällt - rein faktisch gesehen - im maßgebenden Zeitpunkt der *Behördenentscheidung* die Konkurrenzsituation, weil nach dem Gesetz nur noch *eine* Spielhalle im 500 m-Radius - die Spielhalle des *anderen* Bewerbers (des „Härtefall-Betreibers“) - eine Erlaubnis erhalten und damit über den 30.6.2017 hinaus weiter betrieben werden kann. Die rechtliche Ausgangssituation, dass *zwei* Spielhallen existieren, zwischen denen (mit Blick auf das Abstandsgebot) eine „Konkurrenzsituation“ existiert, bestand nur im Zeitpunkt der *Antragstellung*, denn die Behörde hat den Konflikt im maßgebenden Zeitpunkt der Behördenentscheidung gelöst und dem anderen (zweiten) Bewerber eine Erlaubnis mangels Vorliegen von Härtefallgründen *versagt* bzw. muss dies wegen § 42 Abs. 1 i.V.m. § 51 Abs. 5 LGLüG tun.

Der im ursprünglichen „Lösungsvorschlag“ beklagte Umstand, dass einige Erlaubnisbehörden „in Erwägung ziehen, die mit einer *Auswahlentscheidung* verbundene Pro-

blematik dadurch zu *umgehen*, indem sie allen konkurrierenden Bestandsspielhallen mit langem Bestandsschutz unter Annahme einer unbilligen Härte eine befristete Befreiung von der Abstandsvorschrift erteilen und somit die Möglichkeit einer befristeten Erlaubnis nach § 41 LGLüG schaffen“, stellt nach Auffassung des WM keinen Gesetzesbruch dar. In den „Anwendungshinweisen“ des MFW wird auf S. 30/31 (mit Fn. 2) unmissverständlich darauf hingewiesen, dass die zuständige Behörde in den oben angesprochenen Fällen, wenn sie „*mehrere* Bewerber am Standort, ggf. im Wege einer von ihnen gesondert zu beantragenden Härtefallentscheidung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 ... zum Zuge kommen lassen will“, es *dabei bewenden lassen kann* und „keine Auswahlentscheidung treffen muss - zumindest dann nicht, wenn sie sämtliche Bewerber, ggf. mit unterschiedlich langen Zeiträumen, zum Zuge kommen lässt“. Selbstverständlich könnten (und müssten) die Regierungspräsidien gegen eine Verwaltungspraxis einschreiten, durch welche - ohne Prüfung bzw. ohne wirkliches Vorliegen von Härtefallgründen - einer *missbräuchliche* Handhabung des § 51 Abs. 5 LGLüG Vorschub geleistet würde, um Problemen in „Konkurrenzsituationen“ zu entgehen. Wird die Anwendung des § 51 Abs. 5 LGLüG auf der Tatbestands- und der Ermessensseite von der betreffenden Gemeinde jedoch „sauber“ oder jedenfalls vertretbar gehandhabt, wäre das Ergebnis - mehrere Bewerber gleichzeitig kommen zum Zuge - von Gesetzes wegen grundsätzlich *nicht* zu beanstanden. Dem Ziel des Gesetzgebers, die in der Vergangenheit stark zugenommene Anzahl der Spielhallen in den Kommunen künftig effektiv einzudämmen, wird dadurch Rechnung getragen, dass der beschriebene Zustand - mehrere Bewerber gleichzeitig kommen zum Zuge - nur vorübergehend ist (Übergangsrecht nach dem GlüStV, das vom LGLüG so umzusetzen war) und dass über die im Gesetz angeordnete *Befristung* der Befreiung in zeitlicher Hinsicht noch in einem gewissen Umfang korrektiv „nachgesteuert“ werden kann.

Ergänzende Anmerkung: Die im ursprünglichen Lösungsvorschlag angeführte Bestimmung des § 11a LGLüG RP regelt zum Teil andere Sachverhalte und enthält insbesondere keine Bestimmung zum - hier in Rede stehenden - Verhältnis zwischen Härtefallregelung und Auswahlentscheidung. § 11a Abs. 2 LGLüG RP beinhaltet zwar eine Regelung zur Auswahlentscheidung bei Spielhallen mit langem Bestandsschutz, stellt jedoch in erster Linie auf das Alter der beteiligten Spielhallen ab; der StGH BW hat dieses Kriterium in seinem Urteil vom 17.6.2014 - wie in den „Anwendungshinweisen“ des MFW angeführt (S. 31) - jedoch gerade in Zweifel gezogen. § 11a Abs. 3 LGLüG

RP enthält eine besondere Regelung zum Verbundverbot dergestalt, dass Spielhallen im Verbund mit einer Gesamtzahl von bis zu 48 Spielgeräten im Wege einer Befreiung ausnahmsweise zugelassen werden können bzw. sollen. Auf eine solche privilegierende Bestimmung hat der baden-württembergische Landesgesetzgeber im LGlüG jedoch bewusst verzichtet.

14. Auf Seite 31 der Anwendungshinweise wird als Auswahlentscheidung anerkannt, dass von mehreren, an einem Standort konkurrierenden Spielhallen mit langem Bestandsschutz einige leer ausgehen, also gar keine Konzession erhalten sollen. Ist das so zutreffend?

Antwort des WM:

Eine *Auswahl*entscheidung zwischen mehreren Bewerbern - so sie denn tatsächlich stattfinden muss und auch stattfindet - impliziert denknötwendig, dass nicht sämtliche Bewerber um eine Spielhallenerlaubnis nach § 41 LGlüG zum Zuge kommen, sondern zumindest ein Bewerber leer ausgeht. Ausnahmsweise kann eine Auswahlentscheidung aber - rein rechtlich betrachtet - auch so ausgehen, dass seitens der Behörde *sämtliche* Bewerber ausgewählt werden. Eine solche Auswahlentscheidung müsste allerdings unter dem Gesichtspunkt des § 39 Abs. 1 Satz 3 LVwVfG sorgfältig begründet werden, da sie zur gesetzlichen Wertung des § 42 und des § 51 LGlüG in Widerspruch geraten kann.

Wie in der Antwort auf Frage 13 ausgeführt, muss im Falle einer Konkurrenz mehrerer Betreiber von Spielhallen mit langem Bestandsschutz - wenn die Härtefallregelung nach § 51 Abs. 5 LGlüG zum Tragen kommt - jedoch meist *keine* Auswahlentscheidung dergestalt getroffen werden, dass nur *ein* Bewerber zum Zuge kommt; auch ist bei dieser Konstellation eine Berücksichtigung *mehrerer* Bewerber nichts Ungewöhnliches (sofern tatsächlich bei jedem dieser Bewerber ein Härtefall vorliegt und das Befreiungsermessen zu seinen Gunsten zum Tragen kommt).

Die Aussage im ursprünglichen Lösungsvorschlag, dass, „wenn andere Voraussetzungen des § 41 LGlüG nicht erfüllt sind, nur abgelehnt werden kann und kein Auswahlermessen eröffnet ist“, trifft nach Auffassung des WM sachlich zu. In diesen Fällen bedarf es weder einer Härtefallentscheidung nach § 51 Abs. 5 LGlüG noch einer Auswahlentscheidung, denn der Bewerber fällt schlicht aus *anderen* Gründen durch das

gesetzliche Prüfraster und ist damit im Ergebnis als Bewerber um eine Erlaubnis am Standort „raus“.

- 15. Bei der Konkurrenzsituation zwischen Hallen mit kurzem Bestandsschutz und neu hinzukommenden Spielhallen wird bei Gleichwertigkeit ein Losentscheid empfohlen (vgl. Anwendungshinweise S.34). Ist der Losentscheid auch denkbar zur Auflösung der Konkurrenzsituation bei ausschließlich langem Bestandsschutz, sei es zur Auswahl des einzigen Vollkonzessionierten, sei es zur Auswahl der Härtefallkonzessionierten ?**

Antwort des WM:

Eine Auswahlentscheidung bei Spielhallen mit langem Bestandsschutz in der angesprochenen Umschreibung „sei es zur Auswahl des einzigen Vollkonzessionierten, sei es zur Auswahl der Härtefallkonzessionierten“ gibt es in dieser Form nach Auffassung des WM nicht (s. oben Antwort zu Frage 12).

Unabhängig hiervon gilt: Eine Entscheidung per Losentscheid ist immer nur das „letzte Mittel der Wahl“, sollte also nur dann zur Anwendung kommen, wenn andere Auswahl Gesichtspunkte nicht zur Verfügung stehen oder deren Anwendung zu keinem belastbaren Ergebnis führt. In diesem Sinne ist auch die angesprochene Aussage auf S. 34 oben der „Anwendungshinweise“ des MFW zum Losentscheid zu verstehen.

- 16. Für die Konkurrenzsituation von Spielhallen mit langem Bestandsschutz und neu hinzukommenden Spielhallen auf S. 33 der Anwendungshinweise wird eine Härtefallprüfung für die Spielhallen mit langem Bestandsschutz empfohlen. Dies bedeutet, dass die Konkurrenz der Hallen mit langem Bestandsschutz nur durch die Gewährung von Härtefallkonzessionen gelöst werden soll. Ist die Gewährung einer Vollkonzession für einen Bewerber mit langem Bestandsschutz in dieser Konstellation überhaupt möglich? Und falls ja, nach welchen Kriterien soll dieser ausgesucht werden?**

Antwort des WM:

Auf S. 33 der „Anwendungshinweise“ des MFW wird klargestellt, dass in der angesprochenen „Konkurrenzsituation von Spielhallen mit langem Bestandsschutz und neu hinzukommenden Spielhallen“ die Härtefallprüfung nach § 51 Abs. 5 LGlüG Vorrang hat

und - falls eine Befreiung nach dieser Vorschrift *gewährt* wird - in der Regel dazu führt, dass der oder die konkurrierenden Betreiber der neu hinzukommenden Spielhalle(n) leer ausgehen, da anderenfalls die gesetzliche Wertung des § 51 Abs. 5 LGlüG zu Gunsten eines - zeitlich begrenzten - Bestandsschutzes bereits vorhandener Betreiber und ihrer Betriebe leerliefe. Wird jedoch in Anwendung des § 51 Abs. 5 LGlüG eine Befreiung (z.B. aufgrund einer rechtmäßigen Ermessensentscheidung) *versagt*, sieht die Situation anders aus: In diesem Falle stehen sich der oder die Betreiber älterer Spielhallen einerseits und die Betreiber neu hinzukommender Spielhallen gewissermaßen „gleichwertig“ gegenüber, und es muss wegen § 42 LGlüG - dessen Geltungsanordnung mangels einer Befreiung hier *nicht* überwunden wurde - eine Auswahlentscheidung zwischen ihnen getroffen werden. Die in der obigen Fragestellung getroffene Aussage, die Hinweise auf S. 33 bedeuteten, dass „die Konkurrenz der Hallen mit langem Bestandsschutz *nur* durch die Gewährung von Härtefallkonzessionen gelöst werden soll“, trifft daher in dieser Allgemeinheit nicht zu. Die daran anknüpfende Frage „Ist die Gewährung einer Vollkonzession für einen Bewerber mit langem Bestandsschutz in dieser Konstellation überhaupt möglich?“ stellt sich nach Auffassung des WM so nicht (s. oben Antwort zu Frage 12) und beantwortet sich durch die vorliegend gegebene Antwort des WM im Übrigen von selbst.

17. Es wird um Klarstellung gebeten, dass bei neu hinzukommenden Spielhallen die Gewährung eines Härtefalls nicht in Betracht kommt; die Ausführungshinweise sind hierzu nicht ganz eindeutig.

Antwort des WM:

Die Tatsache, „dass bei neu hinzukommenden Spielhallen die Gewährung eines Härtefalls nicht in Betracht kommt“, ergibt sich bereits unmittelbar aus dem Gesetz (§ 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG: „in den Fällen des Absatzes 4 Satz 1“). In den „Anwendungshinweisen“ des MFW heißt es hierzu ausdrücklich (S. 23, Hervorhebungen im Original): „Die Möglichkeit einer Befreiung nach § 51 Abs. 5 besteht nach dem Gesetz ausschließlich für Betreiber von Spielhallen, für die bis zum 18.11.2011 (Datum der Ausgabe der Landtagsdrucksache 15/849 mit der Information der Landesregierung über den Entwurf des GlüStV) eine Erlaubnis nach altem Recht (§ 33i GewO) beantragt und in der Folge erteilt wurde (Spielhallen mit langem Bestandsschutz). Eine Befreiung nach § 51 Abs. 5 kommt demgegenüber generell *nicht* in Betracht bei Betreibern von

Spielhallen, für die eine Erlaubnis *nach* dem 18.11.2011 beantragt und in der Folge erteilt wurde (§ 51 Abs. 5 Satz 1: „in den Fällen des Absatzes 4 Satz 1“).

Daraus erhellt, dass erst Recht keine Befreiung bei neu hinzukommenden Spielhallen möglich ist, d.h. bei solchen, für die keine Genehmigung nach § 33i GewO erteilt wurde und deren Betrieb bzw. Inbetriebnahme erst noch bevorsteht (vgl. zum Begriff der „neu hinzukommenden“ Spielhalle auch S. 29 unten/30 oben der „Anwendungshinweise“).

- 18. Auf der Tatbestandsseite wird in den Anwendungshinweisen auf S. 26 bei der Beurteilung der unbilligen Härte zunächst klargestellt, dass subjektiv als Härte empfundene Beeinträchtigungen wie finanzielle Nachteile, Verlust des Arbeitsplatzes etc. noch kein Härtefall ausmachen, sondern als regelmäßige Folge des Gesetzeszwecks anzusehen sind.**

Die Abgrenzung der definierten objektiven betrieblichen und wirtschaftlichen, insolvenznahen Folgen von einer nur subjektiv empfundenen Härte ist unklar. Wenn die betrieblichen und wirtschaftlichen Folgen mit hinreichender Sicherheit zur Insolvenz führen müssen, sind sie zwar schwerwiegender als bloße finanzielle Nachteile, die geforderte „Insolvenznähe“ hängt die Hürde für die Annahme eines Härtefalls jedoch so hoch, dass dieser in der Praxis zu selten vorkommen wird. Hier wird um eine nachvollziehbare, um eine handhabbare Abstufung gebeten.

In der Besprechung erörterter Lösungsvorschlag:

Hinweise hierzu gibt bereits das Urteil des VGH Mannheim aus dem Jahr 2015: 6 S 679/15.

Antwort des WM:

Zur Abgrenzung zwischen privaten, den persönlichen Lebensbereich betreffenden finanziellen Belastungen und Problemen einerseits und finanziellen Verbindlichkeiten und eingegangenen Schulden für die in Rede stehende(n) Spielhalle(n) (betrieblicher Bezug) andererseits wurde bereits in der Antwort des WM auf Frage 10 Stellung genommen.

Im angeführten Beschluss des VGH BW vom 13.7.2015 - 6 S 679/15 - (ZfWG 2015,

383 - B+U Casinobetriebe GmbH) ging es lediglich um eine Interessenabwägung des Gerichts nach § 80 Abs. 5 VwGO im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes gegen eine sofort vollziehbare *Untersagung eines weiteren Spielhallenbetriebs* nach § 15 Abs. 2 GewO wegen fehlender Erlaubnis nach § 41 LGLüG (die seitens der Stadt Heidelberg wegen § 42 LGLüG auch nicht erteilt werden konnte). In diesem Beschluss hat der VGH - soweit ersichtlich - keine Ausführungen zu der hier in Rede stehenden Abgrenzungsfrage oder zur Beurteilung eines Härtefalls unter finanziellen Gesichtspunkten gemacht. Er hat vielmehr lediglich klargestellt, dass kein Ermessensfehler der eine Untersagung nach § 15 Abs. 2 GewO aussprechenden Behörde bzw. keine Unverhältnismäßigkeit des Sofortvollzugs nach § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO unter dem Gesichtspunkt einer daraus folgenden drohenden *Insolvenz der Antragstellerin* angenommen werden könne; vielmehr sei die Entlassung von Arbeitnehmern und etwaige Nachteile für Inhaber der Betriebsgesellschaft im Falle einer *formellen Illegalität* und einer nicht gegebenen Genehmigungsfähigkeit irrelevant; dasselbe gelte, wenn eine Insolvenz der Antragstellerin durch einen Vollzug *nach* Bestandskraft der Untersagungsverfügung eintreten drohe. Der VGH hat m.a.W. klargestellt, dass unvermeidbare Folgen einer Untersagungsverfügung nach § 15 Abs. 2 GewO - auch mit Blick auf eine mögliche Insolvenz der Antragstellerin - im gerichtlichen Eilverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO bei der dort anzustellenden Interessenabwägung keine maßgebende Rolle spielen.

Zur drohenden Insolvenz des Betreibers s. noch weiter unten zu Frage 36.

19. Bei Vorliegen eines tatsächlichen Härtefalls liegt die Entscheidung über die Gewährung eines Härtefalls im Ermessen der Behörde.

Unter welchen Voraussetzungen kann die Behörde trotz Vorliegens der Härtefallvoraussetzungen ablehnen?

In der Besprechung erörterter Lösungsvorschlag:

Wenn auf der Tatbestandsseite die Härte bejaht wird, kann es auf der Rechtsfolgenseite nur noch darum gehen, für wie lange die Halle noch bestehen kann, d.h. wie lange die Befristung für die Befreiung bemessen wird. Eine Ablehnung wäre dann inkonsequent.

Antwort des WM:

Die im Lösungsvorschlag gegebene Antwort entspricht nicht der Auffassung des WM.

In den Anwendungshinweisen des MFW (S. 24) heißt es ausdrücklich:

„Bei der Normstruktur der Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 LGlüG sind auseinander zu halten:

1. Die Frage, ob überhaupt eine "unbillige Härte" (Härtefall) i.S.v. § 51 Abs. 5 vorliegt. Hierfür listet Abs. 5 Satz 4 „Anhaltspunkte“ auf (Tatbestandsseite).
2. Auf der Rechtsfolgenseite:
 - Die Frage, ob (überhaupt) und in welchem zeitlichen Umfang eine vom Betreiber beantragte Befreiung von der Pflicht zur Einhaltung der Anforderungen nach § 41 Abs. 1 und 2 erteilt werden kann. Hierfür gibt das Gesetz in § 51 Abs. 5 Satz 1 mittels der Tatbestandsmerkmale "befristet" und "für einen angemessenen Zeitraum" den Maßstab vor und fordert dabei zugleich die Berücksichtigung des Zeitpunkts der Erlaubniserteilung nach § 33i GewO (d.h. des „Alters“ der behördlichen Erlaubnis) sowie des Schutzzwecks des LGlüG (d.h. über § 1 LGlüG die Berücksichtigung der Schutzziele des § 1 GlüStV²).
 - Die Frage der rechtmäßigen Ermessensausübung (§ 51 Abs. 5 Satz 1: "kann"), die eine abwägende Entscheidung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls erfordert, die vom Betreiber selbst in seinem Antrag (§ 51 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 1) und den zugehörigen Unterlagen und Nachweisen (§ 51 Abs. 5 Satz 3) in nachvollziehbarer Weise selbst vorgebracht wurden und/oder die die Erlaubnisbehörde auf der Grundlage von § 24 LVwVfG selbst von Amts wegen ergänzend ermittelt hat.“

² Zu den Zielen des GlüStV gehören nach dessen § 1 Satz 1 (gleichrangig):

1. das Entstehen von Glücksspielsucht und Wertsucht zu verhindern und die Voraussetzungen für eine wirksame Suchtbekämpfung zu schaffen,
2. 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,
3. den Jugend- und den Spielerschutz zu gewährleisten,
4. sicherzustellen, dass Glücksspiele ordnungsgemäß durchgeführt, die Spieler vor betrügerischen Machenschaften geschützt und die mit Glücksspielen verbundene Folge- und Begleitkriminalität abgewehrt werden,
5. Gefahren für die Integrität des sportlichen Wettbewerbs beim Veranstalten und Vermitteln von Sportwetten vorzubeugen.

Auf S. 27 der „Anwendungshinweise“ heißt es außerdem:

„Liegt nach dem Ergebnis der behördlichen Prüfung zur Tatbestandsseite eine „unbillige Härte“ i.S.d. § 51 Abs. 5 Satz 1 vor, hat die Erlaubnisbehörde auf der Rechtsfolgenseite über das *Ob* und das *Wie* einer Befreiung zu entscheiden. Als zwingende Abwägungsgesichtspunkte im Rahmen dieser Ermessensentscheidung nennt das Gesetz selbst („sind zu berücksichtigen“)

- „den Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis der § 33i GewO“ und
- „den Schutzzweck dieses Gesetzes“, d.h. des LGlüG und über dessen § 1 die Ziele des GlüStV (s. dazu die Auflistung oben in Fußnote 1 [hier: Fn. 2]). Der Schutzzweck des LGlüG bzw. die Ziele des GlüStV wirken in unterschiedliche Richtungen: Zum einen können sie ermessensbegrenzend, zum anderen ermessenserweiternd wirken (wird im Folgenden näher ausgeführt).“

Es kann also *keinesfalls* - wie im Lösungsvorschlag formuliert - davon die Rede sein, dass „wenn auf der Tatbestandsseite die Härte bejaht wird, es auf der Rechtsfolgenseite nur noch darum gehen kann, für wie lange die Halle noch bestehen kann, d.h. wie lange die Befristung für die Befreiung bemessen wird. Eine Ablehnung wäre dann inkonsequent.“ Das ist schon deshalb nicht zutreffend, weil das Gesetz der zuständigen Behörde in § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG auf der Rechtsfolgenseite ausdrücklich ein Ermessen einräumt („kann“), ob überhaupt eine Befreiung ausgesprochen wird. Mit diesem Tatbestandsmerkmal („kann“) ist nicht etwa nur eine Befugnis angesprochen, sondern ein - gerichtlich voll überprüfbares - Ermessen unter Anwendung der gesetzlich - ausdrücklich unter Hinweis auf den „Schutzzweck dieses Gesetzes“ (und damit der Ziele des § 1 Satz 1 GlüStV) - angeführten Ermessensgesichtspunkte.

Es ist also durchaus möglich und zulässig, dass die zuständige Behörde *trotz* Vorliegens eines Härtefalls (Anhaltspunkte nach § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG) im Ermessenswege von einer Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG absieht, z.B. weil sie im konkreten Einzelfall die o.g. Ziele des § 1 Satz 2 GlüStV im Falle einer Erlaubniserteilung vor Ort ausnahmsweise *konkret gefährdet* sieht. Diese Einschätzung muss sie in ihrer Entscheidung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG dann freilich „gerichtsfest“ begründen. Denn die Einhaltung bzw. die Nichtbeeinträchtigung der Ziele des § 1 Satz 1 GlüStV werden in § 41 Abs. 2 LGlüG nicht als *Erlaubnisvorausset-*

zung genannt, da der Eingangssatz in § 41 Abs. 2 Alt. 1 LGlüG nicht auf § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 LGlüG in Bezug nimmt, sondern nur auf § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2, 3, 5 und 6 LGlüG (bzw. die dort geregelten Erlaubnisvoraussetzungen). Über den „Umweg“ des § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG („kann“) können daher bei Spielhallen mit langem Bestandschutz ausnahmsweise Gesichtspunkte bei der Befreiungsentscheidung (Ermessensentscheidung zum „Ob“ und zum „Wie“ einer Befreiung, d.h. zur Dauer) ins Feld geführt werden, die ansonsten - in einem „regulären“ Erlaubnisverfahren nach § 41 LGlüG (ohne Anwendung der Übergangsregelung des § 51 LGlüG) - *keine* Rolle spielen würden. Dieser Umstand kann bspw. beim Spielerschutz oder beim Jugendschutz Bedeutung erlangen. Auf S. 27 f. der „Anwendungshinweise“ des MFW finden sich einige erläuternde Ausführungen dazu, wann die Schutzzwecke des LGlüG bzw. die Ziele des GlüStV im Rahmen der Befreiungsentscheidung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG ggf. ermessensbegrenzend oder ermessenserweiternd wirken können.

20. In den Anwendungshinweisen wird auf S. 27 das Alter einer Spielhallenerlaubnis als Kriterium bei der Härtefallprüfung zugelassen. Bei der Konkurrenzprüfung von Spielhallen mit langem Bestandsschutz schließen die Anwendungshinweise auf S. 31 das Alter der Spielhalle dagegen ausdrücklich aus.

Die unterschiedliche Behandlung des Alters erscheint widersprüchlich; zumal für diese Auswahlentscheidung ohnehin bis auf die Rechtstreue keine sonstigen Kriterien angeboten werden.

Antwort des WM:

Die in Frage 20 angesprochene „widersprüchliche“ unterschiedliche Behandlung des Alters von Spielhallen (S. 27 und 31 der „Anwendungshinweise“) beruht auf einem Missverständnis.

Die Ausführungen auf S. 27 der „Anwendungshinweise“ betreffen die *Ermessensentscheidung* nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG (Rechtsfolgende) und nicht die Tatbestandsprüfung, ob ein Härtefall vorliegt (Tatbestandsseite). Das Gesetz schreibt in § 51 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2 LGlüG ausdrücklich vor, dass „der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis nach § 33i GewO“ bei der Ermessensentscheidung („dabei“) zu berücksichtigen ist.

Die Ausführungen auf S. 31 der „Anwendungshinweise“ betreffen demgegenüber die *Auswahlentscheidung* zwischen mehreren Bewerbern (Betreibern von Spielhallen mit langem Bestandsschutz). In Bezug hierauf hat der StGH BW (jetzt: VerfGH BW) in seinem Urteil vom 17.6.2014 (juris Rn. 358 a.E.) entschieden, aus § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG folge, dass von mehreren konkurrierenden Spielhallen nicht zwingend die schon länger bestehende Spielhalle weiter betrieben werden dürfe. Darauf - und nur darauf - wird auf S. 31 der „Anwendungshinweise“ mit dem Zusatz hingewiesen, auf die Betriebsdauer - das "Alter" der Spielhalle - als maßgebliches Entscheidungskriterium (Auswahlkriterium) dürfe daher in diesen Fällen ebenso wenig abgestellt werden wie auf das zuvor im Text erwähnte (und vom StGH ebenfalls abgelehnte) „Windhundprinzip“.

21. Welche Kriterien sind für die Länge der vorzunehmenden Befristung maßgeblich?

Antwort des WM:

Zur Befristung der *Härtefallentscheidung* (Entscheidung über eine Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG) enthalten die „Anwendungshinweise“ des MFW auf S. 23 unten und S. 24 Mitte (unter Punkt 2, erster Anstrich) einschlägige Ausführungen.

Zu der in § 41 Abs. 1 Satz 3 LGlüG geregelten Befristung der *Spielhallenerlaubnis* enthält S. 4 einschlägige Hinweise.

Zur empfohlenen Synchronisierung der Befristung sowohl der Gültigkeit der jeweiligen Erlaubnis wie auch der Befreiung in Fällen einer Entscheidung der Behörde bei *Konkurrenz* von - ausschließlich - Spielhallen mit langem Bestandsschutz finden sich Ausführungen auf S. 30 unten/31 oben der „Anwendungshinweise“.

Diese verschiedenen Sachkonstellationen sind im Rahmen der Prüfung der Behörde auseinanderzuhalten.

Hinweis: Zur notwendigen Bestimmung des Beginns der Vergünstigung (Erlaubnis) gemäß § 36 Abs. 2 Nr. 1 LVwVfG auf den 1.7.2017 (Befristung) mit Rücksicht auf § 51 Abs. 4 Satz 1 LGlüG vgl. die vorläufige Antwort des WM auf Frage 5. Um diese Befristung geht es vorliegend nicht.

22. Die Vollkonzession ist nach § 41 Landesglücksspielgesetz auf max. 15 Jahre zu befristen. Welche Kriterien gelten für die Bestimmung dieser Befristung?

Antwort des WM:

Zu der in § 41 Abs. 1 Satz 3 LGlüG geregelten Befristung der Spielhallenerlaubnis enthält - wie angeführt - S. 4 der „Anwendungshinweise“ einschlägige Hinweise. Rechtsprechung der Obergerichte hierzu liegt derzeit - leider - nur in einem sehr eingeschränkten Umfang vor.

Nach Auffassung des WM bedeutet die gesetzliche Festlegung der Dauer einer Erlaubnis nach § 41 LGlüG auf *maximal* 15 Jahre nicht, dass diese Dauer der Normalfall ist oder gar der Regelfall sein muss. Den zuständigen Behörden steht hinsichtlich der Befristung vielmehr die gesamte Bandbreite des § 41 Abs. 1 Satz 3 LGlüG zur Verfügung. Deren Anwendung kann im Einzelfall auch durchaus Sinn machen, bspw. wenn aus bauplanungsrechtlichen Gründen zukünftig ab einem bestimmten Zeitpunkt die Nutzung eines Gebäudes als Spielhalle nicht mehr zulässig sein wird.

In den „Anwendungshinweisen“ des MFW (a.a.O.) wird darauf hingewiesen, dass der VGH München (ZfWG 2014, 242) im konkreten Fall eine Beschränkung auf vier Jahre für vertretbar gehalten hat. Das VG München (ZfWG 2016, 171 LS) hat jüngst entschieden, dass angesichts der in § 35 Abs. 2 Satz 1 GlüStV festgelegten begrenzten Geltungsdauer des GlüStV (2012) die Befristung einer Spielhallenerlaubnis auf 4 Jahre ebenfalls nicht zu beanstanden ist.

Für Baden-Württemberg ist nach Kenntnis des WM noch keine gerichtliche Entscheidung zu § 41 Abs. 1 Satz 3 LGlüG ergangen.

Zur Aussage in den „Anwendungshinweisen“ des MFW auf S. 28 betreffend die Geltungsdauer des GlüStV als äußerste zeitliche Grenze für Härtefallentscheidungen nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG vgl. bereits oben zu Frage 3.

23. Laut den Anwendungshinweisen (S. 35) sind alle Anträge – sei es positiv oder negativ – zeitgleich zu bescheiden. Dieses Verfahren ist angesichts der Vielzahl der Anträge (Stuttgart ca. 120) und der zu treffenden, inhaltlich stark verflochtenen Entscheidungen nicht praktikabel und praxisfremd. Erst recht ergibt sich dies daraus, dass ein Härtefallantrag bei Ablehnung des Antrags auf eine Vollkonzession erst im Anhörungs- oder Widerspruchsverfahren geltend gemacht werden und somit das zuvor begründete Konstrukt durcheinanderbringen kann. Ist eine sukzessive Bearbeitung, bei der Ablehnungsbescheide zuerst gefertigt werden, zulässig?

Antwort des WM:

Bei Vorliegen mehrerer Erlaubnisansträge konkurrierender Bewerber am gleichen Standort („Anwendungshinweise“ des MFW S. 29 ff.) besteht die Notwendigkeit einer zeitgleichen Entscheidung der Behörde über alle Anträge, weil über den Antrag eines einzelnen Bewerbers nicht ohne die Beurteilung der konkurrierenden Anträge der anderen Bewerber entschieden werden kann (normale Situation im Rahmen einer Konkurrenzlage); dies gilt erst recht dann, wenn dabei zugleich über Härtefallanträge nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG entschieden werden muss (vgl. auch S. 25 oben der „Anwendungshinweise“). Von diesem Umstand gehen auch die allgemeinen Hinweise zur „Abwicklung der Verfahren“ (Bescheidung der konkurrierenden Anträge) auf der in der Fragestellung erwähnten S. 35 der „Anwendungshinweise“ aus (zum Sonderproblem der notwendigen Hinzuziehung konkurrierender Bewerber nach § 13 Abs. 2 Satz 2 LVwVfG im Rahmen von Erlaubnisverfahren nach § 41 LGLüG) vgl. oben Abschnitt A, dort Ziffer 3).

Diese Notwendigkeit besteht indes nicht bei Vorliegen mehrerer Anträge für *verschiedene* Standorte (z.B. für Spielhallen, die über 500 m Luftlinie voneinander entfernt liegen). Ob die in der Fragestellung erwähnten 120 anhängigen Erlaubnisansträge in Stuttgart sämtlich denselben Standort betreffen, ist dem WM nicht bekannt.

Da wegen der Ausschlussfrist des § 51 Abs. 3 Satz 3 LGLüG alle Erlaubnisansträge, auch diejenigen etwaiger „Konkurrenten“ am Standort, bereits bis zum 29.2.2016 eingegangen sein mussten, verfügt die zuständige Behörde über einen ausreichenden Überblick darüber, wieviele Anträge für den jeweiligen Standort zu bearbeiten sind. Sollte in Einzelfällen noch kein Antrag auf eine Härtefallentscheidung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG gestellt worden sein - das Gesetz schreibt in § 51 Abs. 4 Satz 3 LGLüG eine Ausschlussfrist nur für den *Erlaubnisantrag* und nicht für den Härtefallantrag vor (vgl. auch S. 24 unten der „Anwendungshinweise“) -, kann die zuständige Behörde den Antragsteller zu einer entsprechenden Erklärung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG auffordern bzw. eine Antragstellung anregen. Einem solchen „Wink“ wird der Antragsteller regelmäßig folgen, wenn die Behörde auf die im ersten Absatz der vorliegenden Antwort angesprochenen Verhältnisse hinweist. Unabhängig hiervon kann die Behörde einen Härtefallantrag bei „säumigen“ Antragstellern faktisch dadurch erzwingen, indem sie den Antragsteller frühzeitig (!) darauf hinweist, dass der Erlaubnisantrag *mangels* eines Härtefallantrags im Hinblick auf § 42 LGLüG abweisungsreif wäre, denn nur ein positiv beschiedener Härtefallantrag vermag die Geltungsanordnung des § 42 LGLüG

beim jeweiligen Antragsteller zu überwinden und damit ein Zulassungshindernis zu beseitigen. Die zuständige Behörde muss sich also in aller Regel im Anhörungs- oder Widerspruchsverfahren nicht von einem (erst dann gestellten) Härtefallantrag überraschen lassen bzw. kann eine solche Entwicklung frühzeitig vermeiden.

Reagieren ein oder mehrere „säumige“ Antragsteller trotz eines gezielten Hinweises der Behörde auf die Möglichkeit eines Härtefallantrags in der Sache nicht, kann die Behörde das Verfahren dadurch beschleunigen, dass sie deren Fälle *vorzieht* und den Erlaubnisantrag (allein) unter Berufung auf § 42 LGlüG ablehnt mit der Folge, dass der Antragsteller zur Vermeidung einer Bestandskraft der Entscheidung Widerspruch gegen die Ablehnung einlegen und bei dieser Gelegenheit den Härtefallantrag nachholen wird, um die Erfolgsaussichten im Widerspruchsverfahren zu verbessern. Die Widerspruchsbehörde kann diese Vorgehensweise im Widerspruchsverfahren notfalls wiederholen, um eine Entscheidung des Antragstellers faktisch zu erzwingen.

24. Von vielen Antragsstellern wird von der Behörde die Vorlage der maßgeblichen Auswahlkriterien gefordert oder sogenannte „Bewertungsmatrix“.
Welche Empfehlungen gibt es hierzu?

Vgl. oben, Abschnitt A, Ziffer 2.

25. Die Erlaubnis bzw. Härtefallanträge enthalten zunächst ausführliche Argumentationen zu Verfassungswidrigkeit und Europarechtswidrigkeit der neuen Spielhallenregelung. Soll auf diese Punkte im Erlaubnisverfahren eingegangen werden?

In der Besprechung erörterter Lösungsvorschlag:

Da die Verwerfungskompetenz der Ausgangsbehörde fehlt, kann nur kurz auf die noch ausstehende Klärung durch das Verfassungsgericht eingegangen werden. Falls ein Vertragsverletzungsverfahren der EU eingeleitet wird, bedeutet dies noch keine „aufschiebende Wirkung“ für das anstehende Verfahren. Dies erst recht, wenn eine einstweilige AO beim BVerfG beantragt, aber abgelehnt wurde.

Das Ministerium wird sich in einem solchen Fall, in dem die Rechtsgrundlagen ernsthaft in Frage gestellt werden, zum weiteren Vorgehen äußern. Über die noch beim ersten Senat des BVerfG anhängigen 4 Verfassungsbeschwerden soll noch in diesem Jahr entschieden werden.

Antwort des WM:

Den Ausführungen im Lösungsvorschlag ist nach Auffassung des WM im Grundsatz zuzustimmen.

In Bezug auf die Vorschriften des LGLüG ist der Umstand zu betonen, dass der StGH BW (jetzt: VerfGH BW) in seinem Urteil vom 17.6.2014 verbindlich über die Verfassungsmäßigkeit der spielhallenbezogenen Vorschriften des LGLüG - soweit diese Gegenstand der seinerzeit erhobenen und für zulässig befundenen Verfassungsbeschwerden waren - entschieden hat.

Welche Folgerungen zu ziehen sind, wenn das BVerfG in den erwähnten Verfassungsbeschwerdeverfahren zu einer vom StGH abweichenden Beurteilung kommen sollte, muss nach Vorliegen der noch ausstehenden Beschlüsse des BVerfG und nach Auswertung der Entscheidungsgründe entschieden werden. Die Bewertung durch das WM wird auch davon abhängen, ob sich das BVerfG zum GlüStV und/oder - was das LGLüG BW angeht - inhaltsgleichen oder zumindest vergleichbaren Vorschriften der anderen Länder (Bayern, Berlin, Saarland) äußert oder ob dies nicht der Fall ist, denn die Vorschriften des LGLüG BW selbst sind nicht Gegenstand der anhängigen Verfassungsbeschwerden. Im Falle einer direkten Beanstandung einzelner Vorschriften des GlüStV könnte allerdings unmittelbarer Handlungsbedarf entstehen, ähnlich wie das nach dem Urteil des StGH BW - das auch den GlüStV betraf - der Fall war.

Daher bleibt der Ausgang der anhängigen Verfahren vor dem BVerfG vorerst abzuwarten. In Erlaubnisbescheiden nach § 41 LGLüG sollte daher nur kurz auf die Tatsache hingewiesen werden, dass der StGH BW - ähnlich wie die Verfassungsgerichte und Oberverwaltungsgerichte anderer Länder - die Verfassungsmäßigkeit der in Rede stehenden Vorschriften des LGLüG - insbesondere des § 42 Abs. 1 und 2 LGLüG - ganz überwiegend bejaht hat und in seinem Urteil vom 17.6.2014 im Wesentlichen nur kleinere Änderungen des § 51 LGLüG, die mittlerweile umgesetzt worden sind, gefordert hat. Aus diesem Grunde ist nicht zu erwarten, dass das BVerfG in wesentlichen Punkten - insbesondere was den GlüStV angeht - anders entscheiden wird.

26. Was ist, wenn ein langfristiger Mietvertrag abgeschlossen wurde, der Vermieter jedoch einer außerordentlichen Vertragsauflösung zustimmt?

Antwort des WM:

Die Beurteilung, ob im Einzelfall ein Härtefall i.S.d. § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG vorliegt

bzw. ob Anhaltspunkte hierfür nach Satz 4 LGLüG vorliegen, ist Sache der zuständigen Behörden vor Ort. Der Umstand, dass der Vermieter einer außerordentlichen Vertragsauflösung zustimmt, hat selbstverständlich Auswirkungen auf diese Beurteilung und *kann* (nicht unbedingt: muss) dazu führen, dass kein Härtefall anzunehmen ist.

Falls ein Pachtvertrag aufgrund einer entsprechenden Optionsklausel im Vertrag nach dem Stichtag 18.11.2011 vom Pächter verlängert wurde, dürfte ein - regelmäßig nicht zu berücksichtigender - selbst geschaffener Härtefallgrund vorliegen.

27. Anderweitige Nutzungsmöglichkeiten:

Spielt dieser Anhaltspunkt für den Mieter überhaupt eine Rolle?

Antwort des WM:

§ 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG und die dort festgelegten beiden - kumulativ geforderten - Voraussetzungen („und“, s. oben Antwort zu Frage 4) gilt für *jede* Härtefallbeurteilung und somit auch für Konstellationen, bei denen mietvertragliche Verhältnisse zu beurteilen sind bzw. eine Rolle spielen. Zu diesen Voraussetzungen gehört auch die in § 51 Abs. 5 Satz 4 Alt. 1 Var. 2 LGLüG angesprochene Möglichkeit einer „Anpassung des Betriebs an die gesetzlichen Anforderungen“. Damit ist - wie die Erwähnung der „gesetzlichen“ Anforderungen verdeutlicht - in erster Linie der fortbestehende, ggf. anzupassende *Spielhallenbetrieb* gemeint. Dem Gesetz lässt sich jedoch entnehmen, dass auch die Möglichkeit einer vollständig *anderen* Ausrichtung des Betriebs, d.h. eine vollständig andere gewerbliche Nutzung der Räume als bisher, bei der behördlichen Härtefallbeurteilung in den Blick genommen werden kann und muss. Davon gehen auch die „Anwendungshinweise“ des MFW auf S. 26 aus, da sie ausdrücklich „anderweitige Nutzungsmöglichkeiten der Räume, auch im Wege einer Untervermietung, z.B. als Gaststätte, als Spielhalle ohne Geldspielgeräte (...) oder als Betriebsstätte für ein sonstiges Gewerbe“ erwähnen.

28. Die Mieten für Spielhallen liegen erheblich über den sonst üblich zu erzielenden gewerblichen Mieten. Durch den Betrieb eines anderen Gewerbes in den Räumlichkeiten lassen sich keine entsprechend hohen Umsätze erzielen, die notwendig sind, um die überhöhte Miete zu bezahlen.

In welcher Form kann dies belegt werden bzw. genügt eine schlüssige Argumentation? Dies wäre ein Ausschluss-Argument für alle anderen Nutzungsmöglich-

keiten und damit eine Legitimation für positive Härtefallbewilligungen bis zum Ende des Mietvertrags. Vertraglich verpflichtende Umbaukosten im Mietvertrag, belegt anhand Architektenberechnungen im dreistelligen Bereich je Halle, führen zur Unrentabilität.

Antwort des WM:

Die mietvertragliche Situation - auch bei dem angesprochenen „Betrieb eines anderen Gewerbes in den Räumlichkeiten“, d.h. bei einem Vergleich verschiedener „Mietbedingungen“ bzw. Pachtbedingungen (Vergleich bei einer Nutzung als Spielhalle oder für ein anderes Gewerbe) - sind grundsätzlich durch entsprechende *Unterlagen* (Vertragsunterlagen, Vertragsangebote, anderweitiger Schriftverkehr), die vom Antragsteller zu beschaffen und vorzulegen sind, zu belegen.

Die wirtschaftliche Situation des Antragstellers bei einer alternativen Nutzung der Spielhallenräumlichkeiten ist grundsätzlich nur *ein* - möglicherweise wichtiger, aber nicht zwingend ausschlaggebender - Aspekt bei der Härtefallbeurteilung nach § 51 Abs. 1 Satz 1 und Satz 4 LGlüG. Deshalb kann - jedenfalls nicht allgemein - davon gesprochen werden, ein nachweisbar negatives Ergebnis bei dem oben angesprochenen Vergleich der „Mietbedingungen“ (Pachtbedingungen) „wäre ein Ausschluss-Argument für alle anderen Nutzungsmöglichkeiten und damit eine Legitimation für positive Härtefallbewilligungen bis zum Ende des Mietvertrags“. Das gilt schon deshalb, weil nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG ein Ermessen der zuständigen Behörde hinsichtlich der Zubilligung einer Befreiung besteht, selbst wenn - tatbestandlich gesehen - ein Härtefall anzunehmen ist. Einen „Automatismus“ im Rahmen der Anwendung des § 51 Abs. 5 LGlüG bei bestimmten Sachverhaltskonstellationen gibt es definitiv nicht; die Härtefallbeurteilung und -entscheidung - unter Zuhilfenahme aller relevanten Abwägungsgesichtspunkte (zur Abwägung s. S. 27 und S. 28 der „Anwendungshinweise“) - bleibt immer Sache der Behörde im Einzelfall.

Vor diesem Hintergrund ist auch die - etwas apodiktisch anmutende - Aussage am Ende der Frage 28 („Vertraglich verpflichtende Umbaukosten im Mietvertrag, belegt anhand Architektenberechnungen im dreistelligen Bereich je Halle, führen zur Unrentabilität“) als nicht vollständig unkritisch anzusehen. Dies gilt jedenfalls für den Fall, dass damit ein „Automatismus“ mit Blick auf die Zubilligung einer Härtefallentscheidung gemeint gewesen sein sollte. Es erscheint ohnehin zweifelhaft, ob Umbaukosten in lediglich dreistelliger Höhe (d.h. maximal 999 €) überhaupt geeignet sind, tatbestandlich

gesehen einen Härtefall zu begründen.

Je nach den wirtschaftlichen bzw. betrieblichen Verhältnissen des Antragstellers bzw. der Betriebsgesellschaft und ihrer Größe kann es übrigens durchaus sein, dass auch ein mehr als dreistelliger Betrag für notwendige Umbaukosten die zuständige Behörde nicht zwingend „beeindrucken“ muss; auch hier kommt es - wie sonst auch - auf die Verhältnisse des Einzelfalls und auf die in § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG festgelegten beiden - kumulativ geforderten - Voraussetzungen („und“, s. oben Antwort zu Frage 4) an.

29. Andere Nutzung aufgrund erforderlicher Umbaukosten (auch Brandschutz) nicht realisierbar bzw. nicht wirtschaftlich zu betreiben.

Wie viele andere Nutzungsmöglichkeiten sind zu prüfen und wie konkret soll diese Prüfung stattfinden?

Antwort des WM:

Nach Auffassung des WM lässt sich die Frage, wieviel andere Nutzungsmöglichkeiten in Bezug auf die Spielhallenräume konkret zu prüfen sind, nicht allgemein (mit einer bestimmten Zahl oder der Angabe verschiedener Nutzungsarten) beantworten, weil dies

- (1) von den jeweiligen Verhältnissen in der jeweiligen Standortgemeinde und den bauplanungsrechtlichen und sonstigen ortsrechtlichen Festsetzungen sowie sonstigen fachrechtlichen Anforderungen an die in Betracht kommenden alternativen Nutzungen (Bauordnungsrecht, Umweltschutzrecht, Denkmalschutzrecht etc.) abhängt und
- (2) außerdem von der Frage (mit) beeinflusst wird, was überhaupt in der Standortgemeinde - unter Berücksichtigung der dort bzw. in der näheren Umgebung bereits ansässigen Gewerbebetriebe (Konkurrenz), der Einwohnerzahl und -struktur, des Einzugsbereichs der Kommune etc. - wirtschaftlich „geht“ bzw. „gehen“ könnte und was als alternative Nutzung unter den gegebenen Umständen als höchstwahrscheinlich „aussichtslos“ und damit *unzumutbar* ausscheidet.

Gewinnt die zuständige Behörde den Eindruck, dass der Antragsteller die Möglichkeiten einer alternativen Nutzung der vorhandenen Spielhallenräume bewusst „kleinredet“ oder (hinsichtlich finanzieller Belastungsfolgen) „großrechnet“, so hat sie die Möglichkeit, den mitwirkungspflichtigen Antragsteller (s. S. 28 zweiter Absatz der „Anwendungshinweise“) zur „Nachbesserung“ der bisher nicht plausiblen Darlegungen und notfalls zur Vorlage eines Sachverständigengutachtens (Wirtschaftlichkeitsgutachtens)

aufzufordern und - wenn der Antragsteller dem nicht nachkommt - nach einem vorausgegangenen ausdrücklichen Hinweis (s. § 25 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 LVwVfG) den Härtefallantrag unter Berufung auf dessen nicht ausreichende Begründung abzulehnen. Allerdings muss die Gemeinde in einem solchen Fall in ihrem Hinweisschreiben „Ross und Reiter“ nennen und möglichst genau angeben, zu welchen Aspekten bzw. Punkten der Darlegungen des Antragstellers im Härtefallantrag sie noch Nachbesserungen oder Belege fordert bzw. als erforderlich ansieht. Vor den Verwaltungsgerichten kommt es bei der Nachprüfung von Härtefallentscheidungen oft auf *Einzelheiten des Sachverhalts* und seiner wirtschaftlichen Bewertung (Zumutbarkeit, hier: unter Berücksichtigung des allgemeinen Unternehmerrisikos) an. Die Behörde hat daher im Falle einer gerichtlichen Anfechtung umso eher „bessere Karten“, als sie durch ein rechtliches Hinweisschreiben im Verwaltungsverfahren (Zugangsnachweis sicherstellen!) deutlich gemacht hat, was sie vom Antragsteller noch konkret vorgetragen oder belegt wissen will. Ein Antragsteller, der hierauf nicht reagiert, hat dann vor Gericht wegen der Verletzung seiner Mitwirkungspflicht (§ 26 Abs. 2 LVwVfG) eher „schlechte Karten“.

30. Ist es bei Mehrfachkonzessionen ratsam, vorrangig die Reduzierung um eine Spielhalle zu verlangen ?

Antwort des WM:

Nach Auffassung des WM ist es grundsätzlich Sache des Antragstellers darzulegen, wie er gesetzliche Zulassungshindernisse ausräumen (d.h. hier: das Verbundverbot einhalten) will. Es ist nicht Sache der Behörde, dem Antragsteller das *Mittel* zur Erfüllung des geforderten *Ziels* (hier: nur eine Spielhalle im gleichen Gebäude oder Gebäudekomplex) vorzugeben oder gar als „vorrangiges“ Mittel vorzuschreiben. Geht es um die Anwendung der Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 LGLüG, ist der Antragsteller in Bezug auf das Vorliegen eines Härtefalls darlegungspflichtig (Mitwirkungspflicht, s. oben). Vgl. im Übrigen die Antwort zu Frage 47.

31. Getätigte Investitionen in andere gefährdete Spielhallenstandorte / in den Unternehmens-Stammsitz / in sonstige Anschaffungen noch nicht abgeschrieben: z.B. Darlehen für Investitionen in andere Spielhallen müssen getilgt werden; hierfür waren die Einnahmen der vorliegenden Spielhalle im Gesamtergebnis einkalkuliert. Sind nur die Investitionen in die beantragte Halle zu berücksichtigen?

Antwort des WM:

Auf S. 26 der „Anwendungshinweise“ des MFW heißt es: „Nach § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG sind ... die dort ausdrücklich angeführten besonderen betrieblichen und wirtschaftlichen Folgen bei der Prüfung eines Härtefalls zu berücksichtigen. Das Gesetz stellt hierbei klar, dass die in dieser Vorschrift genannten Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unbilligen Härte nicht abschließend sind („insbesondere“). Weitere Anhaltspunkte können daher ebenfalls für das Vorliegen einer unbilligen Härte sprechen; allerdings müssen die Härtefallumstände auch hier vom Gesetzgeber nicht gewollt bzw. beabsichtigt sein.“

Mit der in § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG erwähnten „wirtschaftlichen Betriebsführung“ ist allerdings diejenige für den konkreten Spielhallenbetrieb (das „Unternehmen“ bzw. der „Teil des Unternehmens“ i.S.d. § 40 Satz 1 LGlüG) gemeint. Daher ist es grundsätzlich nicht möglich, im Rahmen des § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG bei der Härtefallbeurteilung *andere Spielhallenbetriebe* mit einer gesonderten Erlaubnis (Zulassung) - insbesondere solche an anderen Standorten - mit in den Blick zu nehmen und nach Art einer „Saldorechnung“ Gewinne und Verluste der verschiedenen Betriebe (Spielhallen) einander gegenüberzustellen und in Abhängigkeit voneinander zu betrachten und dadurch den *Prüfhorizont der Behörde beliebig auszuweiten*. Anderenfalls könnte ein größeres Unternehmen mit mehreren Spielhallen bzw. Spielhallenstandorten (ggf. auch in anderen Bundesländern) im Falle einer wirtschaftlich schwierigen Betriebslage (Gesamtlage) bei sämtlichen Spielhallen, für die eine Anwendung der Härtefallregelung in Betracht kommt, seine wirtschaftliche, in nackten Zahlen (Bilanz) ausgedrückte Lage als ausschlaggebend ins Feld führen, und zwar selbst dann, wenn es konzernähnliche Strukturen hätte. Dass dies der Gesetzgeber im Rahmen des § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG nicht vor Augen gehabt hat, dürfte auf der Hand liegen; es kommt mithin auf die betriebswirtschaftlichen Lage bei der jeweiligen *einzelnen Spielhalle* (dem „Unternehmen“ bzw. dem „Teil des Unternehmens“ i.S.d. § 40 Satz 1 LGlüG) an.

32. Investitionen in den Betrieb in Kenntnis der Rechtslage (ab 2011):

Erforderliche Investitionen zur Einhaltung gesetzlicher Vorgaben und Investitionen in alternative Energien, z.B. Klimaanlage, Wärmepumpe, sind nicht abgeschrieben. Liegt ein Anhaltspunkt vor, wenn die Notwendigkeit einer Investition nach 2011 nachvollziehbar erforderlich war? Ist dies dann bis zur vollständigen

Abschreibung zu berücksichtigen? Hieße dies dann auch, dass zukünftige Investitionen, die erforderlich sind, auch noch abzuschreiben sind?

Antwort des WM:

Die Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 Satz 1 und 4 LGlüG setzt keine Vollamortisation bereits getätigter Investitionen voraus (vgl. oben Antwort zu Frage 4). Daher ist auch „eine Art Kleinbetragsregelung“ im Rahmen der Anwendung des § 51 Abs. 5 Satz 1 und 4 LGlüG nicht gefordert.

Investitionen dritter Personen in die Spielhalle, für die ein Erlaubnis Antrag gestellt ist, können allenfalls dann von Bedeutung sein, wenn sie in irgendeiner Weise beim Erlaubnisinhaber finanziell „aufschlagen“, d.h. sich aufgrund gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen auf dessen wirtschaftliche Lage auswirken.

Wie der im ursprünglichen Lösungsvorschlag angesprochene zurückliegende Erwerb eines Grundstücks und die Möglichkeit eines eventuellen Verkaufs zu beurteilen sind, entzieht sich einer allgemeinen Festlegung oder Einschätzung, denn dies hängt von den jeweiligen Gegebenheiten des Einzelfalls ab. Daher kann nicht generell davon gesprochen werden, derartige Investitionen seien schon „der Art nach“ niemals berücksichtigungsfähig.

33. Alter der Spielhalle: hat es Auswirkungen auf den Zeitraum einer Befreiung? Wird das Alter der Spielhalle anhand der Baugenehmigung, der Gewerbeanmeldung oder der § 33i-Erlaubnis (bei mehreren: die erste oder die aktuelle?) berechnet?

Antwort des WM:

Vgl. zunächst die Antworten zu den Fragen 11 und 19 (Eigenständigkeit der Ermessensentscheidung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG, Ermessen bezüglich des „Ob“ und des „Wie“ einer Befreiung) sowie zu Frage 20 (Alter der Spielhalle).

Das Alter der Spielhalle ist nach Auffassung des WM anhand des Datums der Genehmigung nach § 33i GewO zu bestimmen; das ergibt sich unmittelbar aus § 51 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2 LGlüG.

34. Altersvorsorge: im Vertrauen auf den Bestand der Spielhalle wurde Altersvorsorge nicht ausreichend betrieben. Die getätigten Investitionen können nicht

wie geplant durch Verkauf der Halle in die Altersvorsorge überführt werden.

Ist dies ein Anhaltspunkt?

34.1 Falls ja, bis zu welchem Alter des Antragstellers kann der nachträgliche Aufbau der Altersvorsorge zugemutet werden?

34.2 Besteht ein Unterschied zwischen einer natürlichen Person und den Geschäftsführern einer juristischen Person?

34.3 Wie hoch kann eine angemessene Altersvorsorge sein? Welche Unterlagen bezüglich der privaten Altersabsicherung sollen verlangt werden? Rentenauskünfte, Lebensversicherungspolicen, Grundbuchauszüge, Steuerbescheinigungen ? Ist das alles überhaupt relevant?

Antwort des WM:

Auf S. 26 der „Anwendungshinweise“ des MFW heißt es: „Nach § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG sind ... die dort ausdrücklich angeführten besonderen betrieblichen und wirtschaftlichen Folgen bei der Prüfung eines Härtefalls zu berücksichtigen. Das Gesetz stellt hierbei klar, dass die in dieser Vorschrift genannten Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unbilligen Härte nicht abschließend sind („insbesondere“). Weitere Anhaltspunkte können daher ebenfalls für das Vorliegen einer unbilligen Härte sprechen; allerdings müssen die Härtefallumstände auch hier vom Gesetzgeber nicht gewollt bzw. beabsichtigt sein.“ Daher können vorgebrachte Härtefallumstände, die mit der Altersvorsorge des Betreibers oder des Inhabers der Betreibergesellschaft (nicht: bloßer Geschäftsführer, dieser muss im Geschäftsführervertrag auf seine Absicherung bedacht sein und entweder über Beiträge des Dienstherrn oder über eigene Beiträge [mittels eines entsprechend höheren Gehalts] selbst Vorsorge betreiben) zusammenhängen, an sich „härtefallrelevant“ sein.

Andererseits wurde bereits in der Antwort zu Frage 8 darauf hingewiesen, dass üblicherweise eintretende tatsächliche oder wirtschaftliche Nachteile, die mit der Aufgabe eines Gewerbebetriebs verbunden sind (wie Arbeitsplatz- und Einkommensverlust des Inhabers), regelmäßig nicht zu den in § 51 Abs. 5 LGlüG angesprochenen Härtefallumständen gehören, sondern zu den auf S. 25 der Anwendungshinweise ange-

sprochenen „allgemeinen Friktionen und Härten“. Der aus wirtschaftlichen Gründen notwendige oder in Erwartung gleichbleibend günstiger wirtschaftlicher Verhältnisse geplante Verkauf einer Spielhalle, der sich - ähnlich wie beim Verkauf einer Kanzlei oder einer Arztpraxis - deshalb nicht wie erwartet realisieren lässt, weil das Unternehmen nicht mehr rentabel ist oder der gewählte Standort sich aufgrund äußerer Umstände nicht mehr als gewinnträchtig erweist, gehört grundsätzlich zum allgemeinen *Unternehmerrisiko* und damit nicht zu den Umständen, die vom Gesetzgeber mit Blick auf die Folgen der Gesetzesregelung in § 42 LGlüG nicht gewollt bzw. beabsichtigt waren. Es kommt hinzu, dass der bewusste Verzicht darauf, mit Rücksicht auf eine Gewinn abwerfende Spielhalle auf eigene Altersvorsorge ganz oder teilweise zu verzichten, angesichts der für das Glücksspielgewerbe typischen Gefahren (gesetzliche Regulierung, Technikabhängigkeit, Umfeldveränderungen, Fluktuation, Veränderungen beim Kundenstamm und bei den Kundenwünschen etc.) mit Risiken behaftet ist, so dass angesichts der allgemeinen Einsicht der Bevölkerung (auch der Selbständigen) in die Notwendigkeit einer eigenen Altersvorsorge letztlich ein „Handeln auf eigene Gefahr“ vorliegt, wenn eine nennenswerte Altersvorsorge unterlassen wird. Daher wird man in dem angesprochenen Fall einer unterlassenen Altersvorsorge im Vertrauen auf den (wirtschaftlich günstigen) Bestand der Spielhalle eher keine „Härtefallrelevanz“ annehmen können.

Eine Antwort auf die besonderen Fragen zu 34.3 erübrigt sich daher.

35. Im Zusammenhang mit Härtefallanträgen werden u.a. persönliche Gründe wie Lebensalter, Berufschancen, familiäre Situation, private Schulden vorgebracht. Sind diese relevant?

In der Besprechung erörterter Lösungsvorschlag:

Je geringer der Abstand zum gesetzlichen Renteneintritt ist, je eher kann dies berücksichtigt werden oder alternativ keine Berücksichtigung.

Besondere persönliche Härten wie z.B. behinderte Kinder des Spielhallenbetreibers sind immer auf Betreuung angewiesen oder Kredite für ein Wohnhaus, sind nicht berücksichtigungsfähig. Auch das RP ... stellt bei der Härtefallprüfung ausschließlich auf rein betriebliche Belange des Erlaubnisinhabers ab.

Antwort des WM:

Da die in § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG genannten Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unbilligen Härte nicht abschließend sind („insbesondere“) und dort nicht genannte Umstände ebenfalls für das Vorliegen einer unbilligen Härte sprechen können, sofern sie vom Gesetzgeber *nicht gewollt* bzw. *nicht beabsichtigt* waren, kann bei besonders *atypischen* Verhältnissen - auch wenn diese im persönlichen Lebensbereich des Betroffenen wurzeln - durchaus Veranlassung bestehen, eine „unbillige Härte“ i.S.d. § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG anzunehmen. Die besondere Belastung eines Antragstellers aufgrund der notwendigen Betreuung eines behinderten Kindes und der dadurch verursachten finanziellen Folgen (Belege anfordern) kann unter besonderen Umständen ein Grund sein, im Einzelfall einen Härtefall zu bejahen.

Zu privaten Schulden wurde bereits oben im Rahmen der Antwort zu Frage 10 Stellung genommen.

Das Lebensalter eines Antragstellers und damit verbundene verminderte Berufschancen dürften regelmäßig keinen besonderen Grund für die Annahme eines Härtefalls darstellen, weil die damit verbundenen Risiken für einen *Selbständigen* eher typisch sind und durch die gegebenen Möglichkeiten eines (u.U. erheblichen) Unternehmergewinns in guten Jahren und einer entsprechend möglichen Vorsorge für das Alter (s. oben zu Frage 34) oder für spätere Zeiten einer Arbeitslosigkeit „abfederbar“ sind. In dieser Aussage liegt jedoch nur eine „Daumenregel“, denn auch hier können besonders *atypische* Verhältnisse ggf. für die Annahme eines Härtefalls streiten. Für das Gemeinwohl entstehen bei dessen Anerkennung nicht zwangsläufig irreparable Nachteile, denn die Anwendung des § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG führt nur zu einer vorübergehenden (weiteren) Freistellung von den Anforderungen des § 42 Abs. 1 und 2 LGlüG über den 30.6.2017 hinaus, die im Ermessenswege zeitlich begrenzt werden kann.

36. Wie kann eine drohende Insolvenz prognostiziert bzw. belegt werden? Reicht die Bestätigung eines Steuerberaters, dass eine Insolvenz bei Schließung der Spielhalle droht?

Antwort des WM:

Auf S. 26 (dritter Absatz) der „Anwendungshinweise“ des MFW heißt es: „Anhaltspunkte für das Vorliegen einer „unbilligen Härte“ führt das Gesetz in § 51 Abs. 5 Satz 4 selbst an. Unter einer „wirtschaftlichen Betriebsführung“ i.S. dieser Vorschrift ist dabei

eine Betriebsführung zu verstehen, bei der eine Insolvenz (vgl. §§ 17 bis 19 InsO) mit hinreichender Sicherheit nicht zu erwarten ist.“ Mit dem Verweis auf die §§ 17 bis 19 werden die drei Insolvenz(eröffnungs-)gründe „Zahlungsunfähigkeit“, „drohende Zahlungsunfähigkeit“ und „Überschuldung“ in Bezug genommen.

Der Nachweis einer „*drohenden* Insolvenz“ (Fragestellung), d.h. einer negativen wirtschaftlichen Entwicklung in der *Zukunft* - kann prinzipiell nur durch ein Sachverständigengutachten (§ 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 LVwVfG) geführt werden, da die Behörde die wirtschaftliche Beurteilung der Unternehmenskennzahlen regelmäßig nicht alleine leisten kann und der Sachverständige die relevanten Unterlagen des Unternehmens (Beispiele s. oben) sichten muss. Eine Ausnahme mag allenfalls dann gelten, wenn Sachvortrag, Zukunftsprognose und vorgelegtes Zahlenwerk des Antragstellers im Rahmen der Härtefallregelung aus sich heraus ohne Weiteres überzeugend sind.

Bei der Fragestellung eines in Auftrag gegebenen Gutachtens ist darauf zu achten, dass diese dem Prüfhorizont der Behörde nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG Rechnung trägt: Die Insolvenz muss gerade durch die *Einhaltung der Anforderungen des § 42 Abs. 1 und 2 LGlüG* (Abstandsgebot, Verbundverbot) drohen, derentwegen die Befreiung nach § 51 Abs. 5 LGlüG begehrt wird. Andere wesentliche Ursachen für die Insolvenz haben damit bei der Betrachtung „außen vor“ zu bleiben. Allerdings kann die bereits prekäre wirtschaftliche Lage des Unternehmens so beschaffen sein, dass gerade die Einhaltung der Anforderungen nach § 42 Abs. 1 und 2 LGlüG dem Unternehmen den „Todesstoß“ zu versetzen droht; diese *Prognose* muss im Gutachten jedoch nachvollziehbar dargelegt werden.

Wird seitens des Antragstellers ein Sachverständigengutachten (als „Parteigutachten“) vorgelegt, gelten die gleichen Anforderungen; die Behörde kann - wenn sie das Gutachten nicht überzeugend bzw. nicht plausibel findet - eine ergänzende Begutachtung durch den „Parteigutachter“ beim Antragsteller zu bestimmten (in der Aufforderung zu benennenden) Punkten anfordern oder nach § 26 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 LVwVfG ein eigenes (behördliches) Sachverständigengutachten einholen, muss diese Verfahrensentscheidung aber nachvollziehbar begründen.

Ob die Behörde statt eines Wirtschaftsprüfers einen Steuerberater mit der Erstellung eines Sachverständigengutachtens beauftragen kann, hängt von der Frage ab, ob er die für eine Begutachtung notwendige Sachkunde besitzt. Dies wiederum hängt von der oder den *konkreten Fragestellungen* ab, die im Einzelfall zu begutachten sind

(schwerpunktmäßig steuerrechtliche oder wirtschaftliche und ggf. insolvenzrechtliche Fragestellungen). Daher lässt sich keine allgemeine Regel des Inhalts aufstellen, dass seitens der Behörde immer nur ein Wirtschaftsprüfer oder immer nur ein Steuerberater usw. beauftragt werden kann. Beispielsweise kann die Behörde auch - wenn insolvenzrechtliche Fragestellungen im Vordergrund stehen - durchaus einen erfahrenen Fachanwalt für Insolvenzrecht heranziehen, um sich die notwendige besondere Sachkunde im Zusammenhang mit der Anwendung der Härtefallregelung zu verschaffen.

37. Wie kann das Gesamtunternehmen berücksichtigt werden, wenn zum Entscheidungszeitpunkt nicht feststellbar ist, ob die anderen Spielhallen außerhalb unseres Zuständigkeitsbereichs weiterbestehen dürfen? (Problem: Abstimmung mit anderen zuständigen Behörden: Löwen Play hat 320 Standorte!).

Antwort des WM:

Zu der Frage, ob mit der in § 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG erwähnten „wirtschaftlichen Betriebsführung“ allein diejenige für den konkreten Spielhallenbetrieb (das „Unternehmen“ bzw. der „Teil des Unternehmens“ i.S.d. § 40 Satz 1 LGLüG) gemeint ist oder ob auch darüber hinausgehende Verhältnisse berücksichtigt werden können, wurde bereits in der Antwort zu Frage 31 Stellung genommen.

38. Zukünftige / fiktive Zahlungsverpflichtungen: der Antragsteller rechnet mit Abfindungsforderungen seiner Arbeitnehmer in noch nicht absehbarer Höhe. Kann dies ein Anhaltspunkt sein, wenn hierdurch die Insolvenz droht? Wie kann dies zum Entscheidungszeitpunkt überhaupt nachgewiesen werden?

Antwort des WM:

Drohende berechnete Abfindungsforderungen von Arbeitnehmern gegen den Antragsteller (Spielhallenbetreiber) stellen ein Unternehmerrisiko dar und gehören grundsätzlich zu den auf S. 23 unten der Anwendungshinweise erwähnten, mit einer gesetzlichen Neuregelung verbundenen „allgemeinen Friktionen und Härten“, da sie übliche Folge einer notwendig werdenden Betriebsschließung sind und keine atypische Erscheinung darstellen.

39. Mietvertrag für 6-fach-Halle wurde im Jahr 2010 bis 12/2025 abgeschlossen. Der Eigentümer und Vermieter als natürliche Person ist gleichzeitig der Geschäftsführer des Mieters (juristische Person).

Gibt es hier einen Ermessensspielraum oder muss die Erlaubnis bis 12/2025 erteilt werden?

Antwort des WM:

Wenn es sich bei vertraglichen Gegebenheiten um eine zulässige Wahrnehmung rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten handelt, hat die Behörde grundsätzlich keine rechtliche Handhabe, diese bei Anwendung der Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 LGlüG von vornherein wieder in Frage zu stellen. Die Behörde ist jedoch „frei“ bei der Ausübung ihres Befreiungsermessens nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG (Stichwort „Ob“ und „Wie“, vgl. oben Antworten zu den Fragen 2, 11 und 19).

40. Ist § 51 Abs. 5 Satz 5 Landesglücksspielgesetz nur im Rahmen einer einmaligen Härtefallregelung bzw. erstmaligen Erlaubniserteilung beachtlich?

§ 51 wird als Übergangsregelung bezeichnet. Diese Vorschrift beinhaltet u. a. Regelungen im Hinblick auf einen Härtefall mit einer entsprechenden Befreiungsmöglichkeit. Es stellt sich damit die Frage, ob § 51 Abs. 5 Satz 5 eine Unbeachtlichkeit von § 42 Abs. 3 nur im Rahmen der Härtefallregelung statuiert oder aber generell nicht zu beachten ist, soweit zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes eine Erlaubnis nach § 33 i Gewerbeordnung erteilt war. Daran knüpft sich die Frage an, ob im letzteren Fall für eine Spielhalle, der eine Erlaubnis nach § 41 erteilt wird, § 42 Abs. 3 dauerhaft unbeachtlich ist, also auch im Falle einer später beantragten Verlängerung einer Erlaubnis.

Antwort des WM:

Vgl. Antwort zu Frage 48.

41. Auf S. 29 der Anwendungshinweise heißt es:

„Der Glücksspielstaatsvertrag und ihm folgend das Landesglücksspielgesetz sind im Grundsatz darauf angelegt, dass wegen des Abstandsgebots zwischen einzelnen Spielhallen bzw. wegen des Verbots der Mehrfachkonzession in Konkurrenzfällen lediglich für eine der beteiligten Spielhallen eine Erlaubnis nach

neuem Recht erteilt werden kann und ein vorübergehender Weiterbetrieb der unterlegenen Spielhallen allenfalls im Rahmen der Härtefallregelung denkbar bleibt.“

Auf S. 30 heißt es bezüglich der Konkurrenz von Spielhallen von langem Bestandschutz wie folgt:

„Wenn die zuständige Behörde mehrere Bewerber am Standort ggfs. im Wege einer von ihm gesondert zu beantragenden Härtefallentscheidung mit jeweils unterschiedlichen Festlegungen in der Erlaubnis zur Dauer der Befristung der Erlaubnis zum Zuge kommen lassen will, ist dies nach dem Gesetz grundsätzlich möglich und die Behörde kann es auch dabei bewenden lassen. In diesem Fall muss die Behörde keine Auswahlentscheidung treffen, zumindest dann nicht, wenn sie sämtliche Bewerber ggfs. mit unterschiedlich langen Zeiträumen zum Zuge kommen lässt.“

In der Fußnote 2, Seite 31 der Anwendungshinweise heißt es jedoch, dass eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren Konkurrenten getroffen werden muss, wenn diese sich wegen § 42 gegenseitig ausschließen, was regelmäßig der Fall ist. Es stellt sich dabei die Frage, ob stets eine Spielhalle auszuwählen ist, der eine Erlaubnis nach neuem Recht erteilt wird oder ob es zulässig ist, eine solche Auswahlentscheidung nicht zu treffen, wenn sämtliche Spielhallen alleine über eine Härtefallkonzession befristet zugelassen werden.

Antwort des WM:

Frage 41 spricht vermeintliche Widersprüche in den „Anwendungshinweisen“ an, die es so nach Auffassung des WM nicht gibt.

Das Zitat im ersten Anstrich der Frage (S. 20 der „Anwendungshinweise“ des MFW) beschreibt lediglich, wovon der GlüStV und das LGlüG bei der Konkurrenzproblematik mit Blick auf § 41 Abs. 1 und 2 *im Grundsatz* ausgehen (nicht mehrere Spielhallen im 500 m-Radius bzw. in demselben Gebäude oder Gebäudekomplex, andere Lösung nur im Rahmen der Härtefallregelung als Übergangsrecht möglich).

Das Zitat im zweiten Anstrich (S. 30 der „Anwendungshinweise“ des MFW) besagt etwas anderes: Eine Härtefallentscheidung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG hat zur Folge, dass das Abstandsgebot bzw. das Verbundverbot gegenüber dem jeweiligen Antragsteller aufgrund der Befreiung *nicht zur Geltung kommt*, dieser also - bildlich gesprochen - im 500 m- Radius (bzw. im gleichen Gebäude bzw. Gebäudekomplex)

trotz der dort befindlichen Spielhalle eines anderen Betreibers rechtmäßig eine weitere Spielhalle betreiben darf. In diesem Fall muss - da *beide* Betreiber zum Zuge kommen und eine Erlaubnis nach § 41 LGlüG erhalten - keine Auswahlentscheidung zwischen ihnen mehr getroffen werden.

In der angeführten Fußnote 2 auf Seite 31 der „Anwendungshinweise“ wird genau dies mit anderen Worten nochmals von einer anderen Seite her klargestellt („Eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren Konkurrenten muss nur getroffen werden, wenn diese sich wegen § 42 LGlüG *gegenseitig ausschließen*. ...)

42. Nach den Anwendungshinweisen Seite 31 hat sich in diesem Fall die Auswahlentscheidung wie der Staatsgerichtshof klar gestellt hat nach vergleichbaren Kriterien nach § 51 Abs. 5 Satz 4 zu richten. § 51 Satz 4, Satz 5 enthält Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unbilligen Härte. In der Konsequenz bedeutet dies, dass sowohl im Rahmen einer Auswahlentscheidung zur Erteilung einer Erlaubnis nach § 41 wie auch im Rahmen der Beurteilung einer unbilligen Härte jeweils dieselben Kriterien zur Anwendung kommen. Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass die Auswahlentscheidung bezüglich der Erlaubnis nach § 41 danach zu treffen wäre, bei welcher Spielhalle bzw. bei welchem Betreiber die genannten Kriterien am meisten oder somit der stärkste Härtefall vorliegt.

In der Besprechung erörterter Lösungsvorschlag:

In den Anwendungshinweisen wird auf Seite 33 auf die Vorgehensweise bei Konkurrenz von Spielhallen mit langem Bestandsschutz und neu hinzukommende Spielhallen eingegangen. Geregelt wird dabei aber lediglich der Fall, dass bei der Spielhalle mit langem Bestandsschutz ein Härtefall vorliegt.

Insoweit stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn bei der Spielhalle mit langem Bestandsschutz kein Härtefall bejaht werden kann.

Nach Auffassung des RP ... ist der Antrag für eine „Altspielhalle“ grundsätzlich einem Neuantrag gleichzustellen. Der Gesetzgeber hat für Altspielhallen lediglich einen begrenzten Bestandsschutz, nämlich bis zum 30.6.2017 vorgesehen. Altspielhallen können daher nach Ablauf des Bestandsschutzes nur weil es sich um eine „Altspielhalle“ handelt, nicht bevorzugt werden.

Nach dem Urteil des Staatsgerichtshofs (Seite 98, 2. Absatz) können allerdings bei der Auswahlentscheidung die Kriterien, welche für die Beurteilung einer unbilligen Härte

gelten, auch für die Entscheidung von Konkurrenzfällen zwischen mehreren Spielhallenbetreibern maßgeblich sein. Die vorgebrachten Gründe können daher, auch wenn sie für die Bejahung eines Härtefalles nicht ausreichend waren, durchaus im Zusammenhang mit der „normalen“ Auswahlentscheidung Berücksichtigung finden („kleine Härtefälle“).

Die vorgebrachten Gründe können daher, auch wenn sie für die Bejahung eines Härtefalls nicht ausreichend waren, durchaus im Zusammenhang mit der normalen Auswahlentscheidung Berücksichtigung finden („kleine Härtefälle“).

Antwort des WM:

Frage 42 und der in der Besprechung erörterte Lösungsvorschlag betreffen nach Auffassung des WM zwei verschiedene Fragestellungen.

In Frage 42 wird die Frage aufgeworfen, ob angesichts der (auf S. 31 Mitte der „Anwendungshinweise“ angeführten) Aussage des StGH, dass sich die Auswahlentscheidung zwischen mehreren Bewerbern nach vergleichbaren Kriterien wie diejenigen nach § 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG zu richten hat, folgt, „dass sowohl im Rahmen einer Auswahlentscheidung zur Erteilung einer Erlaubnis nach § 41 wie auch im Rahmen der Beurteilung einer unbilligen Härte jeweils *dieselben Kriterien* zur Anwendung kommen.“

Diese Frage ist zu verneinen: In den Verfassungsbeschwerdeverfahren vor dem StGH (inzwischen: VerfGH) war seitens der Beschwerdeführer unter anderem der Vorwurf erhoben worden, das LGLüG enthalte überhaupt keine gesetzliche Regelung zur Konkurrenzproblematik/Auswahlproblematik. Dem ist das Land schriftsätzlich in dem Bewusstsein entgegengetreten, dass in diesem heiklen Punkt eine Sollbruchstelle liegen könnte. Der StGH ist der Auffassung des Landes gefolgt und hat keine verfassungswidrige Regelungslücke im LGLüG gesehen; er hat dies u.a. wie folgt begründet (Original-UA S. 97 ff. = juris Rn. 356 ff., Zitat im Zusammenhang, Hervorhebungen hinzugefügt):

Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG verlangt, dass Eingriffe in die Berufsfreiheit nur auf der Grundlage einer gesetzlichen Regelung erfolgen, die Umfang und Grenzen des Eingriffs deutlich erkennen lässt. Dabei *muss der Gesetzgeber selbst alle wesentlichen Entscheidungen treffen*, soweit sie gesetzlicher Regelung zugänglich sind. Dies bedeutet nicht, dass sich die erforderlichen Vorgaben ohne weiteres aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben müssten; es genügt, dass sie sich mit Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze erschließen lassen, insbesondere aus Zweck, Sinnzusammenhang und Vor-

geschichte der Regelung (vgl. BVerfGE 82, 209 - Juris Rn. 65; BVerwG, Urteil vom 16.10.2013 - 8 CN 1/12 -, Juris Rn. 26).

Diesen Maßstäben genügen die angegriffenen Vorschriften. Dies gilt insbesondere auch, soweit geltend gemacht wird, die Vorschriften enthielten keinen Maßstab, um eine ab dem 1. Juli 2017 bestehende *Konkurrenz zwischen mehreren Spielhallenbetreibern* zu lösen. Zwar enthält das Gesetz für diesen Fall keine *ausdrücklichen* Vorgaben für die Verwaltung. Das sogenannte „Windhundprinzip“, wonach derjenige zum Zuge kommt, der zuerst einen entscheidungsreifen Antrag stellt, genügt nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Konkurrenzentscheidung darüber, welcher von mehreren Spielhallenbetreibern den Betrieb seiner bestehenden Spielhalle im Rahmen der durch die neuen Erlaubniserteilungsvoraussetzungen faktisch herbeigeführten Kontingentierung weiterführen darf. ...

Diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben genügende Maßstäbe lassen sich dem angegriffenen Gesetz durch *Auslegung* entnehmen. In § 51 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 und Satz 4 LGLüG werden für das Vorliegen einer unbilligen Härte *Kriterien genannt, die auch für die Entscheidung über die Lösung einer Konkurrenz zwischen mehreren Spielhallenbetreibern maßgeblich sein können*. Dort ist bestimmt, dass der Schutzzweck des Gesetzes und der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis zu berücksichtigen sind. Des Weiteren ist zu berücksichtigen, ob eine Anpassung des Betriebes an die gesetzlichen Anforderungen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich oder mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar ist und Investitionen, die im Vertrauen auf den Bestand der nach Maßgabe des bisher geltenden Rechts erteilten Erlaubnis getätigt wurden, nicht abgeschrieben werden konnten (so ausdrücklich § 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG). Aus dem letztgenannten Kriterium ergibt sich, dass von zwei konkurrierenden Spielhallen *nicht zwingend die schon länger bestehende Spielhalle* weiter betrieben werden darf. Denn die in diese getätigten Investitionen haben sich möglicherweise schon weiter amortisiert als diejenigen einer jüngeren Spielhalle.“

Aus dem Gesamtzusammenhang der hier angeführten Urteilsgründe ergibt sich, dass der StGH im Falle einer Konkurrenz zwischen mehreren Spielhallenbetreibern nicht etwa einer vollständigen Analog-Anwendung des § 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG das Wort geredet hat, sondern nur dem Vorwurf der Beschwerdeführer entgegengetreten ist, das Gesetz enthalte keine Regelung zur Konkurrenzproblematik, und dabei zwei Dinge klargestellt hat: (1) Die Maßstäbe für eine Auswahlentscheidung ließen sich dem Gesetz durch Auslegung entnehmen, (2) § 51 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 und Satz 4 LGLüG enthalte Kriterien für das Vorliegen einer „unbilligen Härte“ (Tatbestandsseite !), die auch für die Auswahlentscheidung bei konkurrierenden Bewerbern maßgeblich sein *könnten*. In Anwendung dessen kommt der StGH zu zwei wesentlichen Schlussfolgerungen (im zitierten Text ausführlich begründet): Das sog. „Windhundprinzip“ und das Alter der Spielhallen sind *keine* tauglichen Auswahlkriterien im Falle einer Konkurrenzsituation (aus § 51 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2 LGLüG, der ausdrücklich den „Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis nach § 33i der Gewerbeordnung“ als Kriterium nennt, leitet der StGH also mit Blick auf § 51 Abs. 4 Satz 4 LGLüG das genaue *Gegenteil* für die Aus-

wahlentscheidung ab: *keine* Berücksichtigung, da bei älteren Spielhallen bereits früher Amortisation eintritt).

Aus der Entscheidung des StGH folgt nach alledem *nicht*, dass sowohl im Rahmen der Beurteilung einer unbilligen Härte wie auch im Rahmen einer Auswahlentscheidung zur Erteilung einer Erlaubnis nach § 41 jeweils - gewissermaßen schematisch - *dieselben Kriterien* zur Anwendung kommen. Anderenfalls hätte sich - das sei hier nur (gewissermaßen „ironisch“) angemerkt - das WM die Ausführungen auf S. 29 ff. der „Anwendungshinweise“ komplett sparen können. Der komplexen Problematik und den unterschiedlichen Fallgruppen in Betracht kommender „Konkurrenzen“ (s. dazu S. 30 unten ff. der „Anwendungshinweise“) würde eine 1:1-Anwendung im Wege einer schlichten Analogie sicher nicht gerecht.

Der oben zitierte Lösungsvorschlag wirft eine ganz *andere* Frage auf, nämlich die des Vorgehens in Fällen einer Konkurrenz von Spielhallen mit langem Bestandsschutz (Bestandsspielhallen) und neu hinzukommenden Spielhallen, wenn den Betreibern der ersteren *keine* Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG zugute kommt. Dabei meint das RP, dass „die vorgebrachten Gründe ..., auch wenn sie für die Bejahung eines Härtefalls nicht ausreichend waren, durchaus im Zusammenhang mit der normalen Auswahlentscheidung Berücksichtigung finden können („kleine Härtefälle“).

Die primäre Frage ist nach Auffassung des WM relativ einfach zu beantworten: Kommt dem Betreiber einer Spielhalle mit langem Bestandsschutz keine Befreiung von den Anforderungen nach § 42 Abs. 1 bzw. Abs. 2 LGLüG zugute, wird also der Härtefallantrag nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG *abgelehnt*, kommt für ihn die volle Härte des Gesetzes im Zusammenhang mit der Prüfung der Erlaubnisvoraussetzungen des § 41 Abs. 2 LGLüG zum Tragen, und sein Erlaubnisantrag nach § 41 LGLüG muss abgewiesen werden, wenn ein Verstoß gegen das Abstandsgebot vorliegt (oder wenn gegen das Verbundverbot verstoßen wird). Gibt es daher mehrere Bewerber um eine Erlaubnis am Standort, kann - wenn kein weiterer Bewerber mit durchgreifenden Härtefallgründen im Spiel ist - nur *einer* der Bewerber zum Zuge kommen. Da im Fall des Bewerbers mit der „Bestandsspielhalle“ *kein* Härtefall vorliegt bzw. keine Befreiung zugiebilligt wurde, hat es mit dem Bestandsschutz „ein Ende“ und der betreffende Bewerber ist - rechtlich gesehen - wie ein neu hinzutretender Bewerber zu behandeln, so dass im Zweifelsfall die Auswahlentscheidung per Losentscheid zu treffen ist.

Der Einschätzung im Lösungsvorschlag, dass „der Antrag für eine ‚Altspielhalle‘ grund-

sätzlich einem Neuantrag gleichzustellen ist“ und dass „Altspielhallen ... nach Ablauf des Bestandsschutzes nur weil es sich um eine ‚Altspielhalle‘ handelt, nicht bevorzugt werden (können)“, ist insofern voll und ganz zuzustimmen.

Nicht zuzustimmen vermag das WM dagegen der Auffassung im oben angeführten Lösungsvorschlag, dass die im geschilderten Fall von „nicht Härtefallanerkannten“ Bewerbern vorgebrachten Gründe gleichwohl als „kleine Härtefälle“ bei der *Auswahl-*entscheidung Berücksichtigung finden können, denn der StGH hat dies weder anerkannt noch lassen sich seinem Urteil (obiges Zitat) irgendwelche Schlussfolgerungen in diese Richtung entnehmen. Der StGH hebt vielmehr (im Gegenteil) für die Auswahlentscheidung hervor, „dass von zwei konkurrierenden Spielhallen nicht zwingend die schon länger bestehende Spielhalle weiter betrieben werden darf“. Kommt die Behörde bei Anwendung des § 51 Abs. 5 Satz 1 und 4 LGlüG auf der Tatbestandsseite zur *Verneinung* eines Härtefalls, kann sie die vom Antragsteller vorgebrachten Gründe nicht durch die „Hintertür“ wieder auf der Ermessenseite - positiv - berücksichtigen. Ein Ermessen der Behörde ist dann vielmehr von vornherein nicht gegeben.

43. Nach welchen Kriterien soll ausgewählt werden, wenn unter gleichwertigen, rechtstreuen Spielhallen mit langem Bestandsschutz ausgewählt werden soll?

Antwort des WM:

Das WM geht davon aus, dass in Frage 43 nur solche Konstellationen angesprochen sind, in denen *keine* positive Härtefallentscheidung der Behörde zugunsten eines oder mehrerer rechtstreuer Bewerber (d.h. keine Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG) möglich war bzw. vorliegt mit der Folge, dass der in Frage 42 behandelte Fall einer Konkurrenz von Spielhallen mit langem, aber „einfachem“ Bestandsschutz vorliegt („einfacher Bestandsschutz“ deshalb, weil den entsprechenden Betreibern nur der zeitliche Aufschub nach § 51 Abs. 4 Satz 1 LGlüG, nicht aber eine Befreiung gemäß § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG zugute kommt). Würde eine Härtefallentscheidung (Befreiung) *vorliegen* bzw. ergehen, würde sich der davon begünstigte Betreiber im Verhältnis zu den anderen Bewerbern (mit nur „schlichtem“ Bestandsschutz) durchsetzen, denn letztere könnten für sich gerade *keine* Befreiung von den Anforderungen nach § 42 Abs. 1 und 2 LGlüG in Anspruch nehmen mit der Folge, dass - mangels Gleichwertigkeit bei dieser zentralen Erlaubnisvoraussetzung - keine Auswahlentscheidung zu treffen wäre. Der „schlichte“ Bewerber könnte gegenüber dem „privilegierten“ Bewerber

mit *seiner* Spielhalle nicht den notwendigen Abstand nach § 42 Abs. 2 LGlüG einhalten.

Ausgehend von dieser Annahme (keine Konkurrenzsituation, bei denen eine Befreiung „hineinspielt“) ist Frage 43 wie folgt zu beantworten:

Der StGH BW hat in seinem Urteil vom 17.6.2014 (Zitat oben bei Frage 42) ausgesprochen: „In § 51 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 und Satz 4 LGlüG werden für das Vorliegen einer unbilligen Härte Kriterien genannt, die auch für die Entscheidung über die Lösung einer *Konkurrenz zwischen mehreren Spielhallenbetreibern* maßgeblich sein können. Dort ist bestimmt, dass der Schutzzweck des Gesetzes und der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis zu berücksichtigen sind.“ Bei den in Frage 43 angesprochenen „gleichwertigen, rechtstreuen Spielhallen mit langem Bestandsschutz“ können folglich die in § 1 LGlüG niedergelegten Gesetzeszwecke - und damit die Ziele des § 1 Satz 1 GlüStV (s. dazu i.e. die Antwort zu Frage 19) - als anzuwendende Auswahlkriterien in einer Konkurrenzsituation Bedeutung erlangen. Allgemeingültige Hinweise für eine Berücksichtigung dieser Ziele sind nur schwerlich möglich; das WM hat in den „Anwendungshinweisen“ (S. 27 f.) - bezogen auf das Befreiungsermessen der Behörde nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG („kann“) - jedoch einige Beispiele dafür angeführt, wie die Ziele des GlüStV in die Behördenentscheidung (vorliegend wäre das dann: die Auswahlentscheidung) „hineinwirken“ können.

44. Sollten aufgrund der Härtefallentscheidung mehrere konkurrierende Spielhallen eine befristete Erlaubnis erhalten, stellt sich die Frage, ob nicht derjenige Betreiber, der die längste Frist erhält, vermutlich direkt nach Ablauf der Erlaubnis erneut eine Erlaubnis nach § 41 beantragen wird. In der Zwischenzeit wären vermutlich alle konkurrierenden Spielhallen geschlossen und die Abstandanforderungen wären nunmehr erfüllt. Somit wäre dieser Spielhallenbetreiber besser gestellt und in der glücklichen Lage ggf. eine Erlaubnis nach § 41 zu erhalten.

In der Besprechung erörterter Lösungsvorschlag:

Ob dann alle Hallen in der Umgebung tatsächlich geschlossen sind, ist fraglich.

Die befristete Erlaubnis wurde ihm nur gewährt, um in der verbleibenden Zeit eine Amortisation zu erreichen. Letztlich will man in Etappen das Angebot „ausdünnen“.

Sollten wirklich alle in der Nachbarschaft aufgehört haben und sich das Abstandsprob-

lem dann nicht mehr stellen, kann eine Erlaubnis nicht verwehrt werden, auch wenn die ursprüngliche Verlängerung nur auf Zeit gedacht war.

Antwort des WM:

Das WM stimmt der Einschätzung im Lösungsvorschlag zu. Allerdings muss die (nicht entscheidungstragende) Aussage, dass „die befristete Erlaubnis ... nur gewährt wurde, um in der verbleibenden Zeit eine *Amortisation* zu erreichen“, nicht in jedem Fall zutreffen, denn eine Härtefallentscheidung kann seitens der zuständigen Behörde im Einzelfall auch aus ganz anderen Gründen zugewilligt worden sein (vgl. § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG: „insbesondere“).

45. Können nach Ablauf bzw. während einer befristeten Härtefallerlaubnis erneut Härtefallanträge gestellt werden, wenn neue Aspekte zu einer neuen Beurteilung der unbilligen Härte führen könnten?

Antwort des WM:

Das LGlüG kennt keine „Härtefallerlaubnis“, nur eine - vor Ablauf der Antragsfrist (Ausschlussfrist) des § 51 Abs. 4 Satz 3 n.F. LGlüG - zu beantragende Erlaubnis nach neuem Recht (§ 41 LGlüG) und den Härtefallantrag (Antrag auf Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG), der entweder sogleich mit dem Erlaubnisantrag verbunden/kombiniert werden oder im Laufe des Verwaltungsverfahrens nachgereicht werden kann (vgl. oben Antwort zu Frage 23). Die Härtefallentscheidung ist nach dem Gesetz (§ 51 Abs. 4 Satz 1 LGlüG) - falls ein Antrag nach dieser Vorschrift gestellt wird - integraler Bestandteil der Entscheidung über die Erteilung der Erlaubnis nach § 41 LGlüG (vgl. oben Antwort zu Frage 1). Die Geltungsdauer der Erlaubnis (nach § 41 Abs. 1 Satz 3 LGlüG maximal 15 Jahre) muss nicht *zwingend* mit der Geltungsdauer der Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG identisch sein, auch wenn seitens des WM empfohlen wird, beide Fristen miteinander zu synchronisieren (vgl. S. 30 unten/31 oben der „Anwendungshinweise“ und oben Antwort zu Frage 21).

Ist das Verwaltungsverfahren durch Erteilung oder Versagung der Erlaubnis abgeschlossen (§ 9 Halbs. 2 LVwVfG) und die Entscheidung der Behörde bestandskräftig geworden, greifen erneute Härtefallanträge ins Leere, und zwar selbst dann, „wenn neue Aspekte zu einer neuen Beurteilung der unbilligen Härte führen könnten“. Der Antragsteller hat in diesem Fall nur die Möglichkeit, bei Vorliegen der Voraussetzungen

des § 51 LVwVfG das Wiederaufgreifen des Verfahrens durch die zuständige Behörde zu beantragen. Ist zwischenzeitlich die Geltungsdauer der Erlaubnis selbst abgelaufen, hat sich der Verwaltungsakt durch Zeitablauf erledigt (§ 43 Abs. 2 LVwVfG) und der Antragsteller hat nur die Möglichkeit, einen *neuen Erlaubnisantrag* nach § 41 LGLüG zu stellen. Ein *erneuter Antrag auf Befreiung* nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG ist dabei grundsätzlich nicht möglich, denn der durch die Übergangsbestimmung des § 51 LGLüG, d.h. durch den Gesetzgeber selbst geregelte Bestandsschutz hat mit der seinerzeit getroffenen (ersten) Befreiungsentscheidung, die gemäß dem Gesetz zu *befristen* war und demgemäß auch befristet wurde, ein *Ende* gefunden mit der Folge, dass in *künftigen* Fällen (Erlaubnisverfahren) die „volle Härte des Gesetzes“ nach § 42 Abs. 1 und 2 LGLüG greift.

Zusatzanmerkung: Eine „Verlängerung“ der ursprünglichen Erlaubnis nach § 41 LGLüG - wie sie im ursprünglichen Lösungsvorschlag angesprochen wurde - sieht das LGLüG nicht vor; daher ist ein entsprechender Antrag auf eine „Verlängerung“ nicht möglich bzw. im Wege der Auslegung als Antrag auf Erteilung einer weiteren Erlaubnis gemäß § 41 LGLüG (nach Ablauf der Geltungsdauer der ursprünglichen Erlaubnis) anzusehen. Eine „Verlängerungsgenehmigung (-zulassung)“ wie im BBergG sieht das geltende Recht bei Spielhallen nicht vor.

- 46. Wenn der Gesetzgeber offensichtlich davon ausgeht, dass sich eine Spielhalle nach ca. 15 Jahren amortisiert hat, muss dies im Gegenzug bedeuten, dass für eine Spielhalle, die bereits mindestens 15 Jahre von einem Spielhallenbetreiber betrieben wird, keine unbillige Härte einfordern kann, sondern eher davon ausgegangen werden muss, dass der Betrieb nicht wirtschaftlich geführt wurde. Was wäre dann z. B. mit Investitionen, die 2010 noch getätigt wurden? Ggf. wären dadurch neuere Spielhallenbetreiber gegenüber alt eingesessenen Betreibern im Vorteil?**

Antwort des WM:

Wie bei Frage 31 und 34 wird auch hier auf S. 26 der „Anwendungshinweise“ des MFW verwiesen, wo es heißt: „Nach § 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG sind ... die dort ausdrücklich angeführten besonderen betrieblichen und wirtschaftlichen Folgen bei der Prüfung eines Härtefalls zu berücksichtigen. Das Gesetz stellt hierbei klar, dass die in dieser Vorschrift genannten Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unbilligen Härte

nicht abschließend sind („insbesondere“). Weitere Anhaltspunkte können daher ebenfalls für das Vorliegen einer unbilligen Härte sprechen; allerdings müssen die Härtefallumstände auch hier vom Gesetzgeber nicht gewollt bzw. beabsichtigt sein.“

Daher begegnet die Aussage im Lösungsvorschlag, derzufolge ein Betreiber „für eine Spielhalle, die bereits mindestens 15 Jahre von einem Spielhallenbetreiber betrieben wird, keine unbillige Härte einfordern kann“, prinzipiellen Bedenken. Diese bestehen auch deshalb, weil die nach altem Recht erteilte Erlaubnis nach § 33i GewO - im Gegensatz zur Erlaubnis nach § 41 LGlüG - *unbefristet* war und daher gerade an diesem Umstand besondere Vertrauensschutzgesichtspunkte anknüpfen konnten.

47. Soll bei einer Mehrfachkonzession die Behörde aussuchen, welche Halle bestehen bleibt oder der Unternehmer selbst ?

Antwort des WM:

Es ist ausschließlich Sache des *Antragstellers*, zu bestimmen, für welche Spielhalle(n) nach Ablauf der Übergangsfristen des § 51 Abs. 4 Satz 1 und 2 LGlüG eine Erlaubnis nach neuem Recht (§ 41 LGlüG) beantragt werden soll. Besteht wegen § 42 Abs. 2 LGlüG (Verbundverbot, Verbot der Mehrfachkonzession) ein Zulassungshindernis, das nicht im Wege einer Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG überwunden werden kann, ist der Antragsteller hierauf hinzuweisen. Es ist dann seine Angelegenheit, die rechtlichen Konsequenzen aus diesem Umstand zu ziehen und anzugeben, für welche der in Rede stehenden Spielhalle(n) der Erlaubnisantrag aufrechterhalten wird und für welche der Antrag gegebenenfalls zurückgenommen wird. Nimmt der Antragsteller die erforderliche Konkretisierung nicht vor, kann die Behörde ihm eine verfahrensrechtliche Frist (§ 31 Abs. 2, 3 LVwVfG) zur Erklärung mit dem Hinweis (s. § 25 Abs. 1 LVwVfG) darauf setzen, dass das Verwaltungsverfahren nach Ablauf der Frist mangels einer erforderlichen Verfahrenshandlung nicht weiter betrieben werden kann, weil nicht feststeht, für welche - vom Antragsteller zu benennende - Spielhalle eine Erlaubnis erteilt werden soll und für welche andere/weitere Spielhalle(n) im gleichen Gebäude oder Gebäudekomplex mit Rücksicht auf das Verbot der Mehrfachkonzession dafür andererseits eine Erlaubnis nicht in Betracht kommt bzw. bei Aufrechterhaltung eines entsprechenden Antrags (für diese andere(n)/weitere(n) Spielhallen(n)) zwangsläufig versagt werden muss. Vgl. ferner die Antwort zu Frage 30.

48. Reichweite der Ausnahme vom Abstand zu Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen nach § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG ? Kann sich der Betreiber, dessen befristete Erlaubnis abgelaufen ist, in einem neuen Verfahren wieder auf diese Vorschrift berufen?

Antwort des WM:

Das VG Karlsruhe hat in der oben bei Frage 40 angeführten Entscheidung (Urteil vom 27.10.2015 - 1 K 2539/13 -, UA S. 6 ff.) die Auffassung vertreten, dass die Ausnahmenvorschrift des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG auch bei einem *Betreiberwechsel* anzuwenden ist, weil diese Vorschrift - anders als § 51 Abs. 4 und hieran anknüpfend § 51 Abs. 5 Satz 1 bis 4 LGLüG - nicht auf den „Betrieb einer bestehenden Spielhalle“ und den derzeitigen Betreiber einer raumbezogenen Personalerlaubnis abstellt, sondern raumbezogen auf die (bloße) Existenz einer Genehmigung nach § 33i GewO für die in Rede stehende Spielhalle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des LGLüG am 29.11.2012 abhebt. Die Entscheidung des VG Karlsruhe ist allerdings noch nicht rechtskräftig, so dass voraussichtlich der VGH BW endgültig über diese Frage des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG befinden wird (gegen die Auffassung des VG Karlsruhe sprechen die Ausführungen in der amtlichen Begründung zu § 51 Abs. 5 LGLüG auf S. 113, mit denen sich das VG nicht auseinandergesetzt hat).

Ausgehend von der Auslegung des VG, derzufolge § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG *objektbezogen* zu lesen ist, wird man die in Frage 48 angesprochene Fragestellung, ob *derselbe Betreiber* sich im Falle eines wiederholten Erlaubnisanspruchs nach § 41 LGLüG erneut auf die Bestimmung des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG berufen kann, bejahen müssen, denn die Ausführungen in der amtlichen Begründung auf S. 113 betreffen den Fall eines *Betreiberwechsels*, der jedoch nicht vorliegt, wenn derselbe Betreiber für die gleiche Spielhalle nach Ablauf der Befristung für die erstmalige Erlaubnis nach neuem Recht (§ 41 Abs. 1 Satz 3 LGLüG) erneut eine Erlaubnis für diese Spielhalle beantragt, um den Betrieb fortsetzen zu können. Voraussetzung für eine erneute Erlaubnis unter Zugrundelegung des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG ist jedoch, dass - abgesehen von § 42 Abs. 3 LGLüG - die übrigen Erlaubnisvoraussetzungen nach § 41 Abs. 2 LGLüG zweifelsfrei vorliegen.

49. Sind Musterverfügungen für die Kommunen vorgesehen ?

Antwort des WM:

Aus den in der Antwort zu Frage 24 genannten Gründen bzw. vergleichbaren Erwägungen beabsichtigt das WM derzeit nicht, den nachgeordneten Behörden Musterverfügungen im Zusammenhang mit § 51 LGlüG zur Verfügung zu stellen. Zur Abwicklung der Verfahren in Konkurrenzsituationen enthalten die „Anwendungshinweise“ des MFW (S. 35) sowie die weiter oben (Abschnitt A, Ziffer 3) stehenden Hinweise zur notwendigen Hinzuziehung Dritter nach § 13 Abs. 2 Satz 2 LVwVfG allerdings gezielte verfahrensrechtliche Empfehlungen mit Verweis auf einschlägige Vorgaben nach dem LVwVfG.

50. Mindestabstand zu Spielhallen im Zuständigkeitsbereich einer anderen Behörde. Diese Frage wurde ... auch im Rahmen des Seminars an der Uni Hohenheim im März 2016 aufgeworfen.

Antwort des WM:

§ 42 Abs. 1 LGlüG knüpft an den *tatsächlichen* Begriff der Spielhalle(n) bzw. deren Belegenheit in einem 500 m-Radius an, weshalb es möglich ist, dass auch der Abstand zu einer anderen Spielhalle, die außerhalb des örtlichen Zuständigkeitsgebiets der Behörde oder gar des Staatsgebiets von Baden-Württemberg liegt, vom Tatbestand der Vorschrift erfasst ist, wenn jedenfalls die Spielhalle, um deren Erlaubnis es geht, (noch) in Baden-Württemberg gelegen ist.

Der Landesgesetzgeber hat - verfassungsrechtlich gesehen - das Recht, für *baden-württembergische* Spielhallen Festlegungen zu treffen, auch wenn dabei faktisch Verhältnisse in benachbarten Bundesländern (mit) eine Rolle spielen bzw. Tatbestandsmerkmale der Erlaubnisnorm (hier: § 41 i.V.m. § 42 Abs. 1 LGlüG) auf tatsächliche Umstände abstellen, die einen räumlichen Bezug zur in Rede stehenden Spielhalle aufweisen. § 42 Abs. 1 LGlüG spricht nur davon, dass „Spielhallen“ einen Abstand von mindestens 500 m Luftlinie „untereinander haben“ müssen; wo diejenigen (anderen) Spielhallen liegen, zu denen der geforderte Abstand eingehalten werden muss, ist dabei gleichgültig.

51. Erbenprivileg nach § 46 GewO

Greift im Fall der erblichen Nachfolge auch das Härtefallprivileg ?

Antwort des WM:

Die Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO und die Erlaubnis nach § 41 LGLüG sind *personengebunden*. Aus diesem Grunde ist auch die Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 - soweit härtefallbezogene Verhältnisse beim Antragsteller eine Rolle spielen - personenbezogen anzuwenden mit der Folge, dass keine Härtefallumstände berücksichtigt werden können, die an Verhältnisse bei einer *anderen*, bereits verstorbenen Person anknüpfen.

Zu einem anderen Ergebnis kann allerdings der Umstand führen, dass das Gesetz den derzeitigen Gewerbetreibenden ausnahmsweise mit dem ursprünglichen Betreiber rechtlich *gleichstellt*.

In § 51 Abs. 3 Satz 2 LGLüG ist bestimmt, dass neben dem LGLüG die Gewerbeordnung in der jeweils geltenden Fassung weiterhin Anwendung findet. Zu den hiernach weiterhin anwendbaren Vorschriften gehört auch das „Erbenprivileg“ nach § 46 GewO. Der nach dieser Vorschrift Fortführungsberechtigte wird dem ursprünglichen Gewerbetreibenden rechtlich gleichgestellt, da sich das - ggf. gesetzlich befristete - Recht zur Fortführung des Gewerbebetriebs aus der *Erlaubnis des Verstorbenen* ableitet.

Infolgedessen können auch Umstände, die in Bezug auf die Person des Fortführungsberechtigten härtefallrelevant sind, im Rahmen der Anwendung des § 51 Abs. 5 LGLüG (auf der Tatbestands- wie auf der Rechtsfolgenseite/Ermessenseite) berücksichtigt werden. Das gilt insbesondere für wirtschaftliche Gesichtspunkte, aber auch für persönliche Umstände, sofern diese nach § 51 Abs. 5 LGLüG überhaupt berücksichtigungsfähig sind (Gegenbeispiel: Kredite und drohende finanzielle Engpässe, die allein den persönlichen Lebensbereich betreffen, vgl. oben Antwort zu Frage 10).

Wirtschaftliche Gesichtspunkte, die allein mit der im Erbgang (Gesamtrechtsnachfolge) übergegangenen *Betriebsstätte* und den darauf bezogenen Verträgen sowie den daraus erwachsenden Verbindlichkeiten zusammenhängen, können bei Anwendung des § 51 Abs. 5 LGLüG aufgrund des Erbfalls grundsätzlich dem fortführungsberechtigten Erben als vorläufig neuem Inhaber (Gewerbetreibenden) zugeordnet werden.

52. Laut den Ausführungshinweisen auf S. 35 unter „Abwicklung des Verfahrens“ ist in den Entscheidungen darzulegen, aus welchen „konkreten, näher zu benennenden Gründen“ andere Bewerber nicht zum Zug gekommen sind. Das RP ... sieht hier Datenschutzprobleme.

In der Besprechung erörterter Lösungsvorschlag:

Das RP ... wiederholt seine Bedenken aus seiner Stellungnahme zum Entwurf der Anwendungshinweise und schlägt vor, dem unterlegenen Konkurrenten keine Details zu betrieblichen Gegebenheiten und Schulden mitzuteilen, sondern sich auf die Auswahlkriterien als solche zu beschränken.

Das RP ... verweist auf den Aufsatz im GewArch. 2016, 135 ff. zu den Drittanfechtungsklagen im Gewerberecht, der die Entscheidung des VGH München vom 22.7.2015 bespricht, 22 B 15.620 (auch in juris abrufbar). Demnach sind im Zuge einer Mitbewerberklage dem Unterlegenen der Mitbewerber und die Gründe für seine Bevorzugung mitzuteilen, damit er effektiven Rechtsschutz genießen kann. Er hat ein Akteneinsichtsrecht. Im Fall einer verdrängenden Konkurrentensituation hat der unterlegene Konkurrent Anspruch auf Akteneinsicht und vor allem Transparenz der Auswahlkriterien; das WM empfiehlt sogar die Übermittlung des positiven Bescheids des Konkurrenten, um die Klagefrist des Unterlegenen anlaufen zu lassen (VA mit Drittwirkung). Ohne Kenntnis der Kriterien kann er seinen Anspruch nicht geltend machen.

Antwort des WM:

Nach Auffassung des WM ist es unumgänglich, im Falle einer Auswahlentscheidung unter mehreren Bewerbern („Anwendungshinweise“ des MFW S. 29 ff.) denjenigen Antragstellern, die nicht zum Zuge kommen, das Ergebnis (die Auswahlentscheidung) und die Gründe für die Ablehnung ihres Erlaubnisanspruchs (einschließlich der Auswahlentscheidung) mitzuteilen. Das ergibt sich unmittelbar aus § 39 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 LVwVfG. Soweit im Rahmen der Begründung der Ablehnung auf Verhältnisse, die den oder die *konkurrierenden Bewerber* betreffen, einzugehen ist, ist es unumgänglich, auch diese anzusprechen. Mit Rücksicht auf § 30 LVwVfG - der auch im Widerspruchsverfahren Anwendung findet (§ 79 Halbs. 2 LVwVfG) - darf die zuständige Behörde anlässlich der Begründung ihrer ablehnenden Entscheidung aber selbstverständlich keine Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse oder persönliche Lebensumstände anderer Beteiligter offen „ausplaudern“ bzw. zur Sprache bringen. Vielmehr gilt bei der Begründung insoweit das Prinzip „So wenig wie möglich, aber so viel wie unbedingt nötig“. Da der Schwerpunkt der Begründung in Ablehnungsfällen darin liegt, die *gegen* den „unterlegenen“ Antragsteller sprechenden Gründe anzuführen, wird es in den meisten Fällen ausreichen, im Rahmen der Begründung der ablehnenden Entscheidung die „positiven“ Auswahlgründe bei dem bzw. den erfolgreichen Mitbewer-

bern (nur) formelhaft oder ohne Nennung *konkreter Details* zur wirtschaftlichen Lage, zu persönlichen Verhältnissen oder zu sonst relevanten „heiklen“ Umständen anzuführen.

Die Aussage im Lösungsvorschlag, das WM empfehle „sogar die Übermittlung des positiven Bescheids des Konkurrenten, um die Klagefrist des Unterlegenen anlaufen zu lassen (VA mit Drittwirkung)“, beruht auf einem Fehlverständnis der einschlägigen Ausführungen zur „Abwicklung der Verfahren“ auf S. 35 der „Anwendungshinweise“. Dort heißt es u.a.: „Die Erlaubnisentscheidung(en) und die eine Erlaubnis ablehnenden Entscheidungen sind jeweils anhand des § 41 zu begründen (Erlaubnisvoraussetzungen gegeben/nicht gegeben), mit einer Rechtsbehelfsbelehrung (§ 37 Abs. 6 LVwVfG) zu versehen und den verschiedenen Antragstellern (Bewerbern) zeitgleich bekannt zu machen, da unterlegenen Bewerbern die Möglichkeit offen steht, um Rechtsschutz - ggf. auch Eilrechtsschutz - bei den Verwaltungsgerichten nachzusuchen ...“. Mit der Wendung „den *verschiedenen* Antragstellern (Bewerbern) zeitgleich bekannt zu machen“ ist gemeint: Der oder die erfolgreiche Bewerber erhalten den Verwaltungsakt und die zugehörige Begründung der *positiven* Erlaubnisentscheidung (einschließlich einer Begründung, warum die Auswahl zu ihren Gunsten erfolgt ist), und die nicht erfolgreichen Bewerber erhalten den *ablehnenden* Verwaltungsakt (Versagung einer Spielhallenerlaubnis) und die zugehörige Begründung der negativen Entscheidung (einschließlich einer Begründung dazu, warum die Auswahl nicht zu ihren Gunsten erfolgt ist. Jeder Bewerber erhält also „das Seine“ - die für *ihn* bestimmte Entscheidung nebst Begründung - und selbstverständlich nicht auch die für die *anderen* bestimmten Entscheidungen (Verwaltungsakte) nebst deren Begründung. Eine davon abweichende Vorgehensweise ist auch in anderen Fällen einer Konkurrenz im Verwaltungsrecht nicht üblich. So wurden beispielsweise auch den im Auswahlverfahren unterlegenen Bewerbern um eine Sportwettenkonzession die positiven Erlaubnisse ihrer Mitbewerber nicht zur Kenntnis zugeleitet.

53. Ausschlussfrist für die Abgabe von Härtefallanträgen bis zum 29.2.2016

Das WM hat diesbezüglich in seinen ergänzten Anwendungshinweisen eine Kehrtwende vollzogen, die nicht weiter begründet wurde. Für Spielhallen mit kurzem Bestandsschutz wurde noch betont, dass man auch Anträge nach dem 28.2.2013 annehmen müsste.

Antwort des WM:

Die „Kehrtwende“ des WM (seinerzeit: MFW) beruht auf Hinweisen im Rahmen der Beteiligung der Regierungspräsidien zu dem Entwurf der Anwendungshinweise und wird im Text der Anwendungshinweise (derzeitige Fassung vom 11.12.2015, S. 24 f.) ausführlich wie folgt begründet: „Die in § 51 Abs. 4 Satz 3 (in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 17.3.2015, GBl. S. 163) auf den 29.2.2016 festgelegte Frist für den Erlaubnisantrag (§ 41) und einen damit ggf. verbundenen (zusammen mit dem Erlaubnisantrag oder zu einem späteren Zeitpunkt im Verfahren gestellten) Befreiungsantrag (§ 51 Abs. 5 Satz 1 und Satz 3 LGlüG) ist als Ausschlussfrist anzusehen, denn sie soll die Erlaubnisbehörden nicht allein in die Lage versetzen, den zu erwartenden Verwaltungsaufwand aufzufangen. Vielmehr soll die Frist Antragstellern möglichst bald die Gewissheit verschaffen, ob sie eine Chance auf eine Fortführung ihres Betriebs (auf Basis einer Erlaubnis nach neuem Recht) haben. Bei Vorliegen mehrerer Erlaubnisanträge und zugehöriger Befreiungsanträge (Härtefallanträge) verschiedener Betreiber am gleichen Standort soll die Frist zugleich sicherstellen, dass eine vergleichende Betrachtung aller Anträge und zugehörigen Unterlagen/Nachweise durch die Erlaubnisbehörde zu einem bestimmten Zeitpunkt überhaupt möglich ist, und der Zeitraum für die Einreichung von Erlaubnisanträgen hier nicht durch einzelne Antragsteller endlos „ausgedehnt“ werden kann und die Entscheidung über die Anträge anderer Antragsteller so lange zurückstehen muss.“

54. Es kam im Regierungsbezirk ... viermal vor (...), dass für ein und dieselbe Konzession der bisherige und ein neuer Antragsteller auftraten: einmal ein Mietereintrittsberechtigter und in den anderen Fällen ein Zweitbewerber auf „Vorrat“.

Lösungsvorschlag:

Wir sehen kein Sachbescheidungsinteresse für den Zweitantragsteller, da in beiden Fällen beide nicht nebeneinander, sondern hintereinander agieren wollten. Die dann erteilte Erlaubnis konnte nicht in absehbarer Zeit einen Nutzen für den Antragsteller haben. § 49 GewO macht gerade deutlich, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass der Antragsteller davon auch direkt Gebrauch machen soll. Im Normalfall wird die privatrechtliche Befugnis zwar nicht geprüft; aber wenn der RA offenlegt, dass diese fehlt, besteht keine Notwendigkeit für eine Erteilung. Eine gemeinsame Ausübung als

GbR oder eine Stellvertretererlaubnis nach § 47 GewO schieden allerdings vom Sachverhalt her aus.

Dadurch dass der Mieteintritt noch in weiter Ferne war und bei Eintritt der Bedingung jederzeit eine Neuantragstellung möglich war (dann bestand erst eine mietrechtliche Nutzungsbefugnis an den Räumen), wurde auch kein Erfordernis gesehen, so wie in § 2 Abs.7 LGLüG hervorgehoben, eine Erlaubnis auflösend und eine aufschiebend zu bedingen. Eine gebundene Entscheidung ist grundsätzlich bedingungsfeindlich.

Bisher wurde unseres Wissens nur eine Bedingung verwandt, wenn beispielsweise bestimmte Schulungen im Sozialkonzept noch nicht besucht werden konnten bzw. es kein entsprechendes Angebot gab.

Antwort des WM:

Auf Basis des geschilderten Sachverhalts wird die Einschätzung im Lösungsvorschlag zum zweifelhaften Sachbescheidungsinteresse des „Zweitbewerbers“ vom WM geteilt.