

Allgemeine Hinweise des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Tourismus Baden-Württemberg – Auswahlkriterien i. R. v. § 41 Landesglücksspielgesetz (LGlüG)

Vorbemerkung

Die Auswahlentscheidung unter mehreren Bewerbern am gleichen Standort stellt eine Einzelfallentscheidung dar. Das bedingt, dass in derartigen Konkurrenzsituationen (mehrere Anträge in 500 m-Abstandsradius bzw. für gleiches Gebäude oder Gebäudekomplex) unter Berücksichtigung der jeweiligen sachlichen und örtlichen Verhältnisse in den Kommunen auch sachlich differenzierte Auswahlkriterien zur Anwendung kommen und mithin unterschiedlich ausfallen können, und zwar sowohl in der Sache als auch in ihrer Gewichtung. Die zuständige Behörde muss für ihr Zuständigkeitsgebiet insofern eigenständige Überlegungen dazu anstellen (und bekanntgeben, vgl. u. Transparenzgebot), welche Kriterien sie im Rahmen der ihr obliegenden Auswahlentscheidung anzuwenden gedenkt, und auf dieser Grundlage eine Einzelfallentscheidung treffen.

Es handelt sich deshalb bei den nachfolgenden Hinweisen nicht um einen „Auswahlkriterienkatalog“ mit vorab festgelegten Entscheidungskriterien, sondern um allgemeine, auf der baden-württembergischen verwaltungs- und verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung basierende Hinweise, die den zuständigen Behörden als Hilfestellung für das Auswahlverfahren zur Verfügung gestellt werden.*

I. Transparenzgebot

Auf Auswahlkriterien, die sich den Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrages 2021 und des LGlüG bzw. deren Zielsetzung, der Gesetzesbegründung oder allgemein veröffentlichten Anwendungshinweisen – wie den vorliegenden – entnehmen lassen, muss nicht zusätzlich hingewiesen werden. Auf weitere Auswahlkriterien ist dagegen von Seiten der konkret zuständigen Behörde in geeigneter Form vorab hinzuweisen. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (VGH BW) führt insofern wie folgt aus (Beschluss vom 27.02.2023 – 6 S 1332/22 – GewArch 2023, 212 Rn. 14):

„Zwar bedarf es keiner gesonderten Offenlegung im Auswahlverfahren, soweit sich die Auswahlkriterien aus den Zielen und Regulierungsvorgaben des Glücksspielstaatsvertrages, des Landesglücksspielgesetzes sowie den Anwendungshinweisen des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft vom 11.12.2015 ohne weiteres und hinreichend deutlich entnehmen lassen. Etwas anderes gilt jedoch mit Blick auf das Transparenzgebot und den Anspruch der Bewerber auf Chancengleichheit hinsichtlich solcher Auswahlkriterien, die nicht in dieser Weise determiniert und für die Bewerber vorhersehbar sind (...). Hierzu zählt die (potentielle) Berücksichtigung eines über die gesetzlichen Anforderungen hinaus erhöhten Zutrittsalters für die Spielhalle

*Die Hinweise berücksichtigen die Rechtsprechung bis Januar 2025 ohne Anspruch auf Vollständigkeit.

(vgl. § 43 Abs. 1 Satz 1 LGlüG, § 4 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 GlüStV 2021). Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Ast'in sich bei Offenlegung dieses Auswahlkriteriums ebenfalls verbindlich bereit erklärt hätte, das Zutrittsalter für ihre Spielhalle anzuheben und ggf. eine die Einhaltung einer solchen Zusage sichernde Nebenbestimmung zu akzeptieren.“

II. Kein „Windhundprinzip“

Zum „Windhundprinzip“ führt der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg (VerfGH BW) in seinem Urteil vom 02.03.2023 – 1 VB 98/19, 1 VB 156/21 – BeckRS 2023, 3036 Rn. 94 wie folgt aus:

„Für Konkurrenzsituationen zwischen Spielhallenbetreibern ist das aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG folgende Recht auf einen chancengleichen Zugang zu einer beruflichen Tätigkeit maßgeblich. Wenn mehrere Spielhallenbetreiber um die Erteilung einer Erlaubnis nach § 41 LGlüG, gegebenenfalls in Verbindung mit einer Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG, miteinander konkurrieren, ist demnach eine den grundrechtlich geschützten Interessen gerecht werdende Auswahlentscheidung erforderlich. (...) In die Auswahlentscheidung sind die grundrechtlich geschützten Positionen der Beteiligten einzubeziehen. Die Auswahlkriterien müssen der Eingriffsintensität der Entscheidung Rechnung tragen, die im negativen Fall dazu führt, dass eine bisher erlaubte gewerbliche Tätigkeit nicht weitergeführt und von der Eigentumsgarantie geschützte Vermögensgegenstände nicht mehr weiter genutzt werden dürfen. 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 (vgl. StGH, Urteil vom 17.6.2014 – 1 VB 15/13 –, Juris Rn. 257).“

Das „Windhundprinzip“ kann demnach insbesondere nicht in den Fällen einer Konkurrenzsituation zwischen Bestandsspielhallen zum Tragen kommen. Die grundrechtlichen Erwägungen des VerfGH BW sind jedoch auch bei Konkurrenzsituationen, an denen neue Marktakteure beteiligt sind, zugrunde zu legen, da auch hier „das aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG folgende Recht auf einen chancengleichen Zugang zu einer beruflichen Tätigkeit maßgeblich“ (s. o.) ist. Der Zeitpunkt des Antragseingangs kann deshalb auch in diesen Fallkonstellationen nicht als Auswahlkriterium herangezogen werden.

III. Abwägung zwischen gesetzlichem Schutzzweck und grundrechtlich geschützten Positionen

Im Rahmen der Auswahlentscheidung stehen sich die Ziele der Glücksspielrechtlichen Vorschriften und die grundrechtlich geschützten Positionen der Antragssteller (Betreiber von Bestandsspielhallen oder auch neue Marktakteure) gegenüber. Ers-

tere erfordern ein Verwaltungshandeln, mit dem die Standortkapazitäten vor Ort bestmöglich ausgeschöpft werden – Letztere den Vergleich der konkurrierenden Spielhallen daraufhin, welche besser geeignet ist, den gesetzlichen Schutzzweck zu erreichen. Der VerfGH BW spricht in seinem Urteil vom 02.03.2023 – 1 VB 98/19 und 1 VB 156/21 – BeckRS 2023, 3036 Rn. 108 insofern von einer „*vielschichtige(n) Abwägungsentscheidung, die den Schutzzweck der Glücksspielgesetze und die grundrechtlichen Positionen der Spielhallenbetreiber in Einklang bringen muss.*“

1. Vergleich bezüglich Zweckerreichung

Der VerfGH BW formuliert in seinem Urteil vom 02.03.2023 – 1 VB 98/19 und 1 VB 156/21 – BeckRS 2023, 3036 Rn. 109 wie folgt:

„Der in der Auswahlentscheidung zu berücksichtigende Schutzzweck des Gesetzes erfordert insbesondere einen Vergleich konkurrierender Spielhallen daraufhin, welche besser geeignet ist, diesen zu erreichen. Unterschiede können sich unter anderem aus Besonderheiten des Umfelds des jeweiligen Standorts oder aus der Art der zu erwartenden Betriebsführung ergeben. Hierbei ist etwa maßgeblich, inwieweit prognostisch von einem rechtstreuen Verhalten der Spielhallenbetreiber auszugehen ist, also von der Einhaltung von Vorschriften, die gerade die Erreichung der Ziele des § 1 GlüStV sicherstellen sollen (...).“

a. Besonderheiten des Umfelds des jeweiligen Standorts

Die Nähe einer Spielhalle zu Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendliche im Sinne des § 42 Abs. 3 LGLüG kann im Rahmen einer Auswahlentscheidung – sowohl im Falle einer Konkurrenzsituation zwischen Bestandshallen, als auch in Konkurrenzsituationen, an denen neue Marktakteure beteiligt sind – als ein Kriterium herangezogen werden, vgl. hierzu VGH BW, Beschluss vom 09.09.2021 – 6 S 2716/21 – NVwZ-RR 2022, 136 Rn. 22:

„Weiter ist zu berücksichtigen, dass § 42 III BWLGlüG auch bei Bestandsspielhallen durchaus Bedeutung erlangen kann, wenn – was hier nicht der Fall ist – eine Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Spielhallen zu treffen ist. Im Rahmen solcher Auswahlentscheidungen kann die Nähe einer Spielhalle zu Einrichtungen für Kinder und Jugendliche iSd § 42 III BWLGlüG und eine sich daraus ergebende Gefährdungslage bei der Ermessensausübung durchaus berücksichtigt werden (...).“

b. Art der zu erwartenden Betriebsführung – Rechtstreue

Im Hinblick auf die zu erwartende Betriebsführung ist maßgeblich, „*inwieweit prognostisch von einem rechtstreuen Verhalten des Spielhallenbetreibers auszugehen ist, also von der Einhaltung von Vorschriften, die gerade die Erreichung der Ziele des § 1 GlüStV sicherstellen sollen*“ (vgl. VG Sigmaringen, Urteil vom 20.10.2020 – 3 K 2934/20 – BeckRS 2020, 28843 Rn. 96).

„Vorgaben für die Betriebsführung, durch die der Gesetzgeber die abstrakten Zielvor-

gaben des § 1 GlüStV 2021 konkretisiert hat, finden sich insbesondere in den Vorschriften, die in § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 LGlüG in Bezug genommen werden, also die Jugendschutzanforderungen nach § 4 Abs. 3 GlüStV 2021, das Internetverbot in § 4 Abs. 4 GlüStV 2021, die Werbebeschränkungen nach § 5 GlüStV 2021, die Anforderungen an das Sozialkonzept nach § 6 GlüStV 2021 und die Anforderungen an die Aufklärung über Suchtrisiken nach § 7 GlüStV 2021. Darüber hinaus ist § 41 Abs. 2 Nr. 4 LGlüG in den Blick zu nehmen, der unter anderem verlangt, dass der Betrieb der Spielhalle weder eine Gefährdung der Jugend noch eine übermäßige Ausnutzung des Spieltriebs befürchten lassen darf. Der Glücksspielstaatsvertrag selbst fordert in § 6 Satz 2 GlüStV 2021 zudem, dass die Vorgaben des Anhangs zum Glücksspielstaatsvertrag „Richtlinien zur Vermeidung und Bekämpfung von Glücksspielsucht“ von den Spielhallenbetreibern zu erfüllen sind. Auch in diesen Richtlinien finden sich qualitative Anforderungen an die Betriebsführung (...),“ vgl. VGH BW, Beschluss vom 25.11.2021 – 6 S 2239/21 – BeckRS 2021, 37542 Rn. 41.

Im Auswahlverfahren Berücksichtigung finden kann insbesondere auch der Umstand, dass ein Antragsteller eine Bestandsspielhalle ohne behördliche Erlaubnis oder Duldung eigenmächtig weiterbetrieben hat und die zuständige Behörde insoweit von einem strafrechtlich relevanten Verhalten ausgeht:

„Ob die Beschwerdeführerin aus anderen Gründen von der Teilnahme an einem Auswahlverfahren ausgeschlossen werden könnte, etwa wegen des Vorliegens absoluter Versagungsgründe wie beispielsweise einer gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit (§ 41 Abs. 2 Nr. 1 LGlüG in Verbindung mit § 33c Abs. 2 Nr. 1 GewO), spielt (...) keine Rolle, weil die angegriffene Entscheidung hierauf nicht gestützt worden ist. Gleiches gilt für die Frage, mit welchen Folgen das Verhalten der Beschwerdeführerin seit Antragstellung, insbesondere die nicht nur kurzfristige Betriebsfortführung ohne Erlaubnis oder Duldung, im Rahmen eines von der Stadt (...) durchzuführenden Auswahlverfahrens zu berücksichtigen sein wird,“ vgl. VerfGH BW, Urteil vom 02.03.2023 – 1 VB 98/19, 1 VB 156/21 – BeckRS 2023, 3036 Rn. 124.

Der BGH formuliert in seinem Grundsatzurteil vom 27.02.2020 – 3 StR 327/19 – NJW 2020, 2282 Rn. 17 wie folgt: *„Wird dem Betroffenen die für die Ausübung seiner Tätigkeit erforderliche Genehmigung zu Unrecht versagt, so muss er sich deren Erteilung gerichtlich erstreiten. Ein Recht zur Selbsthilfe besteht schon deshalb nicht, weil Anknüpfungspunkt der Strafbarkeit nicht die Gefährlichkeit des Handelns, sondern das Unterlaufen des – rechtsgutsbezogenen – behördlichen Verfahrens ist (...).“*

In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, dass die Gewerbebehörde nach der Rechtsprechung zu § 35 GewO ihre Entscheidung auch auf strafbares Verhalten vor einer förmlichen Anklageerhebung stützen kann (vgl. z. B. OVG Münster, Beschluss vom 02.04.2020 – 4 B 1478/18 – BeckRS 2020, 9050 Rn. 43). Bei fehlender straf- oder ordnungsrechtlicher Ahndung eines Verhaltens, das nach Ansicht der Behörde den entsprechenden Tatbestand erfüllt, kann der Betrieb einer Spielhalle ohne die erforderliche Erlaubnis unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls die Prognose rechtfertigen, dass der Betroffene auch künftig sein Gewerbe nicht ordnungsgemäß betreiben wird und ihm damit die erforderliche Zuverlässigkeit fehlt (VGH BW, Beschluss vom 29.6.2023 – 6 S 2289/22- 2. Leitsatz).

Betrifft dies den Betrieb einer nach § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG BW, § 33 i GewO bestandsgeschützten und langjährig (passiv) geduldeten Spielhalle obliegt es der Erlaubnisbehörde, neu aufgekommene Zweifel an der Zuverlässigkeit eines Betreibers zumindest substantiiert darzulegen (VGH BW, Beschluss vom 29.6.2023 – 6 S 2289/22- 3. Leitsatz).

c. Äußere Gestaltung der Spielhalle

Auch soweit ein rechtstreues Verhalten der Spielhallenbetreiber nicht in Zweifel steht, kann im Auswahlverfahren berücksichtigt werden, wenn die äußere Gestaltung einer konkurrierenden Spielhalle (z.B. zurückhaltend, wenig auffällig) im Hinblick auf den Schutzzweck des LGLüG besser geeignet ist. Es handelt sich um ein Kriterium, das einer hinreichend objektiven Beurteilung zugänglich sowie geeignet ist, zu einer an den Zielen des Glücksspielstaatsvertrags orientierten sachgerechten Differenzierung zwischen konkurrierenden Spielhallen beizutragen (vgl. VGH BW, Beschluss vom 22.11.2023 – 6 S 1625/23 - BeckRS 2023, 33796 Rn. 24). Der VGH BW (Beschluss vom 27.02.2023 – 6 S 1332/22 – GewArch 2023, 212 Rn. 20) weist ausdrücklich darauf hin, „(...)dass die äußere Gestaltung der konkurrierenden Spielhallen aber auch unterhalb der Schwelle eines Verstoßes gegen § 26 Abs. 1 GlüStV als weiteres Auswahlkriterium herangezogen werden kann.“

2. Grundrechtlich geschützte Positionen

a. Bestmögliche Ausschöpfung der Standortkapazität

Schon in seiner Grundsatzentscheidung legt das Bundesverfassungsgericht wie folgt fest (BVerfG, Beschluss vom 07.03.2017 – 1 BvR 1314/12, 1 BvR 1630/12, 1 BvR 1694/13, 1 BvR 1874/13 – NVwZ 2017, 1111 Rn. 185):

„(...) Insofern gebietet es die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht. Das gilt auch, sofern bei der erforderlichen Auswahlentscheidung zusätzlich Erlaubnisansträge neu in den Markt eintretender Bewerber einzubeziehen sind, wobei grundrechtsrelevante Vorbelastungen der Betreiber von Bestandsspielhallen zu berücksichtigen bleiben.“
(zu den „Vorbelastungen“ vgl. sogleich Ziffer 2. b.)

Zur Gewichtung dieses Kriteriums führt der VGH BW, Beschluss vom 27.02.2023 – 6 S 1332/22, GewArch 2023, 212 3. Leitsatz) wie folgt aus:

„Das Gebot der bestmöglichen Ausschöpfung der Standortkapazität ist kein vorrangig, losgelöst von den Zielen des § 1 GlüStV zu beachtendes Auswahlkriterium.“

Das VG Stuttgart formuliert zu diesem Punkt (VG Stuttgart, Beschluss vom 13.09.2021 – 18 K 3338/21 – BeckRS 2021, 51446 Rn. 40):

„Ein Verteilmechanismus, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht, kann von den Erlaubnisbehörden allerdings nicht losgelöst von der Vereinbarkeit mit den Zielen des § 1 GlüStV angewandt werden; das letztgenannte Kriterium darf mit Blick auf den mit der Begrenzung des Spielhallenangebots verbundenen Grundrechtseingriff in Baden-Württemberg aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben jedenfalls nicht als nachrangig eingestuft werden (...).“

b. Berücksichtigung von Bestands- und Vertrauensschutzgesichtspunkten

Die Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG BW ist seit Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags 2021 zum 01.07.2021 nicht mehr anwendbar; vgl. VGH BW, Beschluss vom 28.11.2022 – 6 S 717/22 – ZfWG 2023, 76. Bestands- und Vertrauensschutzgesichtspunkte spielen in Auswahlverfahren, an denen Bestandsspielhallen beteiligt sind, gleichwohl eine Rolle. Zu diesem Punkt sei auf folgende Ausführungen des VG Stuttgart verwiesen (VG Stuttgart, Urteil vom 12.05.2020 – 18 K 10575/18, BeckRS 2020, 22650, Rn. 60, 62):

„Die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber gebietet auch ohne ausdrückliche gesetzliche Präzisierung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht (...). Zu den grundrechtsrelevanten Positionen der Betreiber von Bestandsspielhallen zählt etwa die Amortisierbarkeit von Investitionen. Zudem ergibt sich aus § 51 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 LGlüG und dem Gesamtzusammenhang der Regelung, dass bereits bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten Ziele des § 1 GlüStV zu beachten sind und bei Bestandsspielhallen überdies der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33i GewO zu berücksichtigen ist. (...)
Insoweit ist klarstellend anzumerken, dass die auf das Urteil des Staatsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 17.06.2014 (a.a.O. Rn. 357) bezogene Aussage, dass auf die Betriebsdauer – das "Alter" der Spielhalle – als maßgebliches Auswahlkriterium nicht abgestellt werden dürfe (Anwendungshinweise v. 11.12.2015, S. 31), angesichts des eindeutigen Wortlauts von § 51 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 LGlüG nicht so verstanden werden kann, dass der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33i GewO überhaupt nicht zu berücksichtigen ist. Vielmehr ist das "Alter" der Spielhalle in Beziehung zu setzen zur bereits erfolgten Amortisierung getätigter Investitionen und dergestalt in die Ermessensentscheidung einzustellen.“

c. Verhältnis Bestandsschutzerwägungen – Schutzzweck des Gesetzes

Zum Verhältnis dieser Bestandsschutzerwägungen zum Schutzzweck des Gesetzes führt der VerfGH BW (Urteil vom 02.03.2023 – 1 VB 98/19 und 1 VB 156/21 – BeckRS 2023, 3036 Rn. 110 wie folgt aus:

„Bei der Durchführung des Auswahlverfahrens ist zugrunde zu legen, dass der Gesetzgeber mit der fünfjährigen Übergangsfrist in § 51 Abs. 4 Satz 1 LGlüG die regelmäßig eintretenden wirtschaftlichen Nachteile bei den Betreibern von Spielhallen erfassen und diesen innerhalb der großzügig bemessenen Übergangsfrist einen schonenden Übergang zu den strengeren Regelungen des Staatsvertrags und die Entwicklung alternativer Geschäftsmodelle ermöglichen wollte. Bestands- und Vertrauensschutzgesichtspunkte haben deshalb gegenüber dem Schutzzweck des Gesetzes bereits im Ausgangspunkt ein geringeres Gewicht. Ergibt der Vergleich der konkurrierenden Bewerber, dass ein Spielhallenbetreiber besser Gewähr für die Förderung des Schutzzwecks des Gesetzes als die Konkurrenten bietet, wird daher die Auswahl eines dieser Konkurrenten allein wegen seiner Bestandsschutz- und Vertrauensschutzinteressen in der Regel sachwidrig sein. Bei der Auswahlentscheidung sind die (dauerhaft anzustrebenden) Ziele des § 1 LGlüG in Verbindung mit § 1 GlüStV gegenüber Bestandsschutz- und Vertrauensschutzinteressen, denen im Rahmen von Härtefallentscheidungen vorübergehend Rechnung getragen werden kann, jedenfalls nicht nachrangig (...).“

IV. Losentscheid

Sind die Anträge konkurrierender Bewerber im Wesentlichen als gleichwertig anzusehen, verbleibt nur die Möglichkeit, eine Auswahlentscheidung im Losverfahren herbeizuführen. Eine Entscheidung per Losentscheid ist immer nur das „letzte Mittel der Wahl“, sollte also nur dann zur Anwendung kommen, wenn andere Auswahlgesichtspunkte nicht zur Verfügung stehen oder deren Anwendung zu keinem belastbaren Ergebnis führt. Das Bundesverwaltungsgericht führt hierzu in seiner Grundsatzentscheidung wie folgt aus (BVerwG, Urteil vom 16.12.2016 – 8 C 6.15 – BeckRS 2016, 116655, 4. Leitsatz):

„Das sachneutrale Losverfahren ist jedenfalls insoweit zulässig, als zwischen konkurrierenden Erlaubnisansprüchen keine Auswahl nach sachbezogenen Kriterien mehr erfolgen kann, weil die Erlaubnisvoraussetzungen in gleicher Weise erfüllt werden.“