

Von: [Brehm, Matthias \(WM\)](#)
An: [Reiser, Sabine \(RPS\)](#); [Reisch, Barbara \(RPS\)](#); [Mai, Monika \(RPS\)](#); [Wolf, Eberhard \(RPK\)](#); [Götz, Richard \(RPK\)](#); [Reinhardt, Dr. Thorsten \(RPK\)](#); [Hettich, Manfred \(RPF\)](#); [Kott, Kersten \(RPF\)](#); [Bernhard, Axel \(RPT\)](#); [Wütz, Wilfried \(RPT\)](#)
Cc: [Städtetag BW \(Poststelle\)](#); [Landkreistag Stuttgart \(Poststelle\)](#); [Gemeindetag Stuttgart \(Poststelle\)](#); [Mauch, Gerhard \(ST Stuttgart\)](#); [Krepstakies, Nadine](#); komorowski@landkreistag-bw.de; lidija.dalatin@gemeindetag-bw.de; [Brischke, Hans-Jürgen Dr. \(WM\)](#)
Betreff: Info an RPs und KLV über Entscheidungen des BVerwG und des BVerfG vom 16.12.2016 und vom 7.3.2017 - Hier: Härtefallproblematik (§ 51 Abs. 5 LGlüG) sowie Auswahlentscheidung bei mehreren Antragstellern am gleichen Standort
Datum: Montag, 24. Juli 2017 13:59:50
Anlagen: [Information an RPs u.a. über Entscheidungen des BVerwG und des BVerfG vom 16.12.2016 und vom 7.3.2017 - Übersendung an die nachgeordneten Behörden.msg](#)
[Protokoll Gespräch WM 23-11-2016 \(Änderungen WM\).pdf](#)

63-4412.2/297

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

das BVerwG und das BVerfG haben in den o.g., Ihnen am 27.4.2017 übersandten Entscheidungen (**Anlage**) auch Aussagen getroffen, die - weil vergleichbare Vorschriften anderer Länder und die zugrundeliegenden Vorschriften des GlüStV (§§ 24 ff.) zur Überprüfung standen - auch für die Auslegung und Anwendung der Vorschrift des § 51 Abs. 5 LGlüG (Härtefallregelung) und für das Vorgehen der zuständigen Behörde im Rahmen der Auswahlentscheidung bei mehreren Antragstellern/Spielhallenbetreibern am gleichen Standort Bedeutung haben, und auf die das WM daher mit dem vorliegenden Schreiben besonders hinweisen möchte. Wegen mehrfacher personeller Engpässe aus verschiedenen Gründen war eine Auswertung der Entscheidungen wie nachstehend zu einem früheren Zeitpunkt leider nicht möglich.

A. Härtefallregelung (§ 51 Abs. 5 LGlüG)

Das BVerwG hat in seinem Urteil vom 16.12.2016 - 8 C 6.15 - zur Angemessenheit der im SpielhG Berlin (BE) vorgesehenen Übergangsfrist von 5 Jahren bis zum Erlöschen der Alterlaubnisse nach § 33i GewO ausgeführt (Rn. 74, Hervorhebungen hinzugefügt): „Angesichts des hier in Rede stehenden überragend wichtigen Gemeinwohlziels der Suchtbekämpfung ist dieser Übergangszeitraum trotz zum Teil intensiver Eingriffe in die Eigentumsfreiheit angemessen. Im Übrigen besteht für wirtschaftliche Dispositionen, die vor Inkrafttreten des Spielhallengesetzes (BE) am 2.6.2011 (ein Jahr vor dem GlüStV) getätigt wurden, die Härtefallregelung des § 9 MindAbstUmsG (Mindestabstandsumsetzungsgesetz) BE. Dabei können besondere *individuelle* Vertrauens- und Bestandsschutzinteressen berücksichtigt werden, die in *Abwägung* mit dem Gemeinwohlinteresse des Spieler- und Jugendschutzes eine zeitlich befristete Befreiung von den Abstandsgeboten oder dem Verbot von Mehrfachkomplexen rechtfertigen.“

Das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. - zur Übergangsregelung für Bestandsspielhallen und zur Härtefallregelung im Saarländischen Spielhallengesetz (SSpielhG) ausgeführt (Rn. 183 ff., Hervorhebungen hinzugefügt): „Zwar ist der Entzug der Gewerbeerlaubnis (Anm.: für Spielhallen durch die auf § 29 Abs. 4 GlüStV 2012 fußenden Übergangsvorschriften) wegen des drohenden völligen oder teilweisen Verlusts der beruflichen Betätigungsmöglichkeit von erheblichem Gewicht. Allerdings ist die Belastung des Eingriffs in die Berufsfreiheit *in zweifacher Weise* durch die Regelung im SSpielhG *abgemildert*, und zwar durch die fünfjährige Übergangsfrist und die Möglichkeit einer Härtefallbefreiung bei der Entscheidung über die Wiedererteilung nach Fristablauf (vgl. § 12 Abs. 2 Satz 1 SSpielhG; es folgen Nachweise zur Rechtsprechung)“ (BVerfG, Rn. 183). ... „Die Landesgesetzgeber sind nicht auf eine Regelung zu verweisen, die Spielhallenbetreibern in jedem Einzelfall eine *verlustfreie* Abwicklung ihrer zu schließenden Spielhallen ermöglicht (vgl. BVerfGE 75, 246 <282>). Die immerhin *fünfjährigen Übergangsfristen* in Berlin und im Saarland *tragen* dem Interesse der Betreiber, eine (Anm.: nicht unbedingt vollständige, s. Rn. 189 f. und 191 a.E.) Amortisierung der in die Spielhallen getätigten Investitionen zu erreichen und dabei einen angemessenen Gewinn zu erwirtschaften, *ausreichend Rechnung*. Die Belange der Spielhallenbetreiber sind ebenfalls genügend berücksichtigt. Die Räumlichkeiten und die weiteren Betriebsmittel sind auch anderweitig nutzbar (vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 28.6.2013 - Vf. 10-VII-12 u.a. -, NVwZ 2014, S. 141 <146>). Für Mietverträge kann sich zudem ein Recht auf ordentliche oder außerordentliche Kündigung ergeben (vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2013 - XII ZR 77/12 -, NZM

2014, S. 165 <166>; KG, Urteil vom 14.7.2014 - 8 U 140/13 -, juris, Rn. 28). Ähnliches gilt für die Möglichkeit eines Weiterverkaufs oder einer Weitervermietung der Spielgeräte und anderer Einrichtungsgegenstände, zumal deren Abschreibungszeit die fünfjährige Übergangszeit in der Regel nicht überschreiten dürfte (vgl. AfA-Tabelle für die allgemein verwendbaren Anlagegüter Nr. 7.5.1). Dennoch haben sowohl Berlin als auch das Saarland die Möglichkeit von *Härtefallbefreiungen* im Einzelfall geschaffen (§ 9 MindAbstUmsG BE; § 12 Abs. 2 SSpielhG). Dass darüber hinaus ein weiterer Betrieb von Spielhallen unterbunden wird, haben die Beschwerdeführerinnen *hinzunehmen*.“ (BVerfG, Rn 193 bis 195).

Das bedeutet für die Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 LGLüG und ihre Anwendung: Die Härtefallregelung hat lediglich eine ergänzende, additive Funktion. Sie soll lediglich *besondere* individuelle Härten auffangen, die *jenseits* der Nachteile liegen, die durch die fünfjährige Übergangsfrist (§ 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV, § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG) bereits aufgefangen werden. Die vom BVerfG in diesem Zusammenhang erwähnten "besondere individuelle Vertrauens- und Bestandsschutzinteressen", die nach dem Urteil einer "Abwägung mit dem Gemeinwohlinteresse des Spieler- und Jugendschutzes" bedürfen, machen eine gewichtende Gegenüberstellung seitens der Behörde (auf Basis des tatsächlichen Vorbringens des Antragstellers im Erlaubnisverfahren) erforderlich und erfordern eine abwägende Entscheidung auf der *Ermessensseite* (§ 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG: "kann"). Denn dem Gewicht der beiderseitigen Interessen - den besonderen individuellen Vertrauens- und Bestandsschutzinteressen des Betreibers einerseits und dem öffentlichen Interesse am Schutz der Jugend und der Spieler (sowie dem öffentlichen Interesse an einem zeitnahen Wirksamwerden der mit dem GlüStV 2012 bzw. dem LGLüG zur Eindämmung der Spielsucht vorgenommenen Rechtsänderungen, s. VGH Mannheim Beschluss vom 8.2.2017 - 6 S 768/16 -, ZfWG 2017, 189 unter Hinweis auf VGH Mannheim Beschluss vom 13.7.2015 - 6 S 679/15 -, ZfWG 2015, 383) kann nur im Rahmen einer *Interessenabwägung* (zum Ob und zum Wie, d.h. der Länge/Zeitdauer einer in Rede stehenden, gesondert beantragten Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG) Rechnung getragen werden. Die Ermessensentscheidung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG ist mithin der entscheidende Ort, an dem sich das "Geschehen", d.h. die Entscheidung abspielt, *in welchem Maße* dem Betreiber eine über die 5-Jahres-Übergangsfrist *hinausgehende*, nach dem Abwägungsergebnis *gebotene* Vergünstigung in Form einer Freistellung von den Anforderungen des § 41 Abs. 1 und 2 LGLüG (Abstandsgebot und Verbot der Mehrfachkonzession) gewährt werden können.

Das Innenministerium Mecklenburg-Vorpommern hat in einem Rundschreiben an die nachgeordneten Behörden vom 10.10.2016 treffend klargestellt: „Die Härtefallausnahme darf *nur solche Härten* mildern, die *nicht bereits* durch die fünfjährige Übergangsregelung kompensiert wurden. Zu diesen grundsätzlich durch die Übergangsregelung kompensierten Härten zählen beispielweise Investitionen für Geldspielgeräte, deren Abschreibung regelmäßig auf vier Jahre angelegt ist. Eine Härtefallbefreiung kann demnach von vornherein nur in solchen Fällen in Betracht kommen, in denen *atypische Umstände* vorliegen, die einen besonderen Härtefallausgleich zwingend erforderlich machen. Zur Begründung eines Härtefalls reicht die schlichte wirtschaftliche Betroffenheit, die praktisch bei allen Spielhallenbetreibern gegeben ist, nicht aus. Über die schlichte wirtschaftliche Betroffenheit hinaus müssen demnach *besonders außergewöhnliche, schwerwiegende und nicht selbstverschuldete wirtschaftliche Belange vorliegen, die unter der Abwägung öffentlicher Interessen eine Härtefallausnahme rechtfertigen*. Die Anwendung der Härtefallregelung bedarf daher einer sehr gründlichen Abwägung im Einzelfall, wobei klar zwischen der zu bewertenden objektiv vorliegenden Härte und dem subjektiven Empfinden des betroffenen Spielhallenbetreibers zu differenzieren ist. ... Dem betroffenen Spielhallenbetreiber obliegt es, *substantiiert vorzutragen, welche konkreten Bemühungen er zur Abwehr des Härtefalls unternommen* hat. Bei der Prüfung des Vorliegens einer unbilligen Härte ist deshalb seitens des betroffenen Spielhallenbetreibers umfassend darzulegen, dass es sich *um unvorhergesehene und irreparable Härten handelt, die auch durch eigene Anstrengungen, planvolle Vorausschau und wirtschaftliches Alternativverhalten nicht hätten vermieden oder zumindest abgemildert werden können*. Zu diesen Pflichten gehören insbesondere auch die rechtzeitige Kündigung oder einvernehmliche Aufhebung langfristiger Verträge, die bilanzielle Bildung von Rücklagen, die Umnutzung von Liegenschaften, die frühzeitige aktive Suche nach Alternativstandorten sowie die marktgerechte Verwertung der Sach- und Raumausstattung. Unterlässt der Spielhallenbetreiber diese zumutbaren Anstrengungen, fallen die damit verbundenen wirtschaftlichen Nachteile und Härten allein in seine Risikosphäre und können eine Härtefallausnahme nicht rechtfertigen.“

In dem Rundschreibens heißt es weiter: „Können *zumutbare Anstrengungen bzw. deren Misserfolg zur Abwehr des Härtefalls* seitens des Spielhallenbetreibers nicht glaubhaft gemacht werden, führt

dies in der Abwägung dazu, dass die öffentlichen Interessen und die Ziele des GlüStV die Bestandsinteressen des Spielhallenbetreibers überwiegen.“

Im Zusammenhang mit Mehrfachkonzessionen heißt es ferner: „Unzumutbare Nachteile liegen nur dann vor, wenn der Vollzug des Gesetzes zu einem Nachteil führt, der zum erstrebten Erfolg *erkennbar außer Verhältnis* steht. Insoweit ist bei der Prüfung der Unzumutbarkeit ebenfalls eine Einzelfallabwägung vorzunehmen. Nachteile, die beim Betreiber eintreten, vom Gesetzgeber aber in Kauf genommen wurden, begründen in diesem Zusammenhang keinen Härtefall“.

Diese Ausführungen beanspruchen auch Geltung für die Auslegung und Anwendung der strukturell vergleichbaren, auf § 29 Abs. 4 GlüStV fußenden bzw. aufbauenden Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 LGlüG.

Der Geschäftsführer des Deutschen Automatenverbands - DAV - wird in der Zeitschrift AutomatenMarkt vom Mai 2017, S. 17 im Hinblick auf die Entscheidung des BVerfG mit den Worten zitiert: „Im Einzelfall wird ... besonderes Augenmerk auf eine äußerst sorgfältige Begründung des Härtefalls gerichtet sein müssen. Hier wird es entscheidend darauf ankommen, glaubhaft zu machen, dass die fünfjährige Übergangsfrist nicht ausgereicht hat, um ein Unternehmen der neuen Rechtslage anzupassen, denn mit diesem Argument hat das BVerfG (Anm.: s. Zitat im vorigen Absatz) die Übergangsfrist von fünf Jahren als angemessen bewertet.“

Gerade in diesem Zusammenhang kommt 3 Feststellungen im Beschluss des BVerfG vom 7.3.2017 eine besondere Bedeutung zu:

Erstens stellt das BVerfG *grundsätzlich* klar (Rn. 189, Hervorhebungen hinzugefügt): „Der Grundsatz des Vertrauensschutzes verleiht weder im Hinblick auf die vorherige Rechtslage noch auf die vorhandenen Betriebserlaubnisse gemäß § 33i GewO ein *uneingeschränktes* Recht auf Amortisierung getätigter Investitionen (für an Art. 14 GG zu messende Belastungen vertrauensgeschützter Positionen vgl. BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 6.12.2016 - 1 BvR 2821/11 u.a. -, juris, Rn. 372; vgl. ferner BVerwG, Urteil vom 23.10.2008 - 7 C 48.07 -, NVwZ 2009, S. 650 <652 Rn. 41>). Für die *gesetzliche Regelung* ergibt sich dies schon daraus, dass grundsätzlich nicht darauf vertraut werden kann, dass eine günstige Rechtslage unverändert bleibt (vgl. BVerfGE 38, 61 <83>; 68, 193 <222>; 126, 112 <157>). Auch ein in *umfangreichen Dispositionen* betätigtes besonderes Vertrauen in den Bestand des geltenden Rechts begründet grundsätzlich noch keinen *abwägungsresistenten* Vertrauensschutz (vgl. BVerfGE 105, 17 <44>). Weder die Gesetzgeber noch die zuständigen Behörden haben die Spielhallenbetreiber zu bestimmten Dispositionen veranlasst, diese erfolgten vielmehr auf eigenes unternehmerisches Risiko.“

Zweitens hat das BVerfG ebenfalls klargestellt (Rn. 190, Hervorhebungen hinzugefügt): „Die Besonderheiten des Glücksspiel- und dabei insbesondere auch des Spielhallensektors haben überdies zur Folge, dass der Grundsatz des Vertrauensschutzes einen *Schutz getätigter Investitionen nicht in gleichem Maße* verlangt wie in anderen Wirtschaftsbereichen. Bei Spielhallen handelt es sich um Gewerbebetriebe, die von vornherein einen besonderen sozialen Bezug aufweisen, da auch bei Beachtung aller gesetzlichen Vorschriften die Möglichkeit besteht, dass spielsüchtige und spielsuchtgefährdete Spieler Spielhallen aufsuchen. Der Betrieb von Spielhallen steht damit stets in einem Spannungsverhältnis zur Suchtbekämpfung (vgl. § 33i Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz, Abs. 2 Nr. 3 GewO). Nicht zuletzt hat das BVerfG bereits in seinem Sportwettenurteil aus dem Jahre 2006 festgestellt, dass dem Spiel an Geldspielgeräten im Sinne der GewO das höchste Suchtpotential aller Glücksspielformen zukommt (vgl. BVerfGE 115, 276 <305>). Die Spielhallenbetreiber mussten daher *damit rechnen*, dass die Landesgesetzgeber diese Feststellung zum Anlass für eine strengere Regulierung von Spielhallen nehmen würden, um eine insgesamt konsequentere Glücksspielpolitik zu erreichen.“

Drittens hat das BVerfG speziell die *Schutzwürdigkeit des Vertrauens* in den unbegrenzten weiteren Betrieb von Mehrfachspielhallen mit folgender Erwägung *relativiert* (Rn. 191, Hervorhebungen hinzugefügt): „Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in den unbegrenzten weiteren Betrieb von Mehrfachspielhallen war auch ohne entsprechende konkrete Reformvorhaben zumindest *stark eingeschränkt*, denn deren Betrieb unterlief die vom Bundesgesetzgeber mit der Bestimmung des § 3 Abs. 2 SpielV beabsichtigte Begrenzung der maximalen Anzahl der Geldspielgeräte je Standort auf die Höchstzahl von zwölf und stellte damit eine (wenn auch legale) Umgehung der schon zuvor bestehenden Vorschriften zur Gerätehöchstzahl in Spielhallen dar (vgl. StGH Baden-Württemberg,

Urteil vom 17.6.2014 - 1 VB 15/13 -, juris, Rn. 337). Das Vertrauen in eine unbeschränkte und unbefristete Fortführung des Spielhallenbetriebs war zudem schon durch die *gesetzlich vorgesehene Möglichkeit nachträglicher Auflagen* zum Schutz der Allgemeinheit oder der Gäste (vgl. § 33i Abs. 1 Satz 2 GewO) begrenzt.“

Daraus erhellt insgesamt, dass die Hürden für die Anerkennung eines Härtefalls nach § 51 Abs. 5 LGLüG entsprechend hoch sind und - selbst wenn die Behörde eine gewisse „Großzügigkeit“ bei der Frage an den Tag legt, ob *tatbestandlich* gesehen (§ 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG) überhaupt eine „unbillige (!) Härte“ vorliegt - bei der dann anzustellenden *Ermessensentscheidung* nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG über das „Ob“ und das „Wie“ (die Zeitdauer) einer Befreiung von den Anforderungen des § 42 Abs. 1 und 2 LGLüG ausreichend *Raum für einzelfallbezogene Erwägungen und abwägende Entscheidungen* (auf der Rechtsfolgenseite !) besteht. Diese können bspw. darauf abstellen, dass und warum die vom Antragsteller vorgebrachten Gründe für eine besondere Schutzwürdigkeit seines Vertrauens unter Berücksichtigung der vorgenannten Aussagen des BVerfG nicht tragfähig erscheinen oder jedenfalls nur eine zeitlich eingeschränkte (limitierte) Befreiung von Anforderungen des § 42 Abs. 1 und 2 LGLüG als vertretbar erscheinen lassen.

Zur Härtefallregelung wird - nochmals - folgender genereller Hinweis gegeben: Die maßgebliche Norm des § 51 Abs. 5 LGLüG kommt nur *einmalig* - im Rahmen der jetzt anstehenden Erlaubnisverfahren - zur Anwendung. Mit der getroffenen Härtefallentscheidung ist der gesetzlich zugestandene Vertrauens- bzw. Bestandsschutz der Betreiber nach dem GlüStV und dem LGLüG aufgebraucht bzw. aufgezehrt und kommt daher bei späteren *weiteren* Erlaubnisverfahren nicht mehr zum Tragen. Wer daher jetzt über eine Härtefallentscheidung nach § 51 Abs. 5 LGLüG zum Zuge kommt und eine Erlaubnis nach neuem Recht erhält, wird nach Ablauf von deren Gültigkeitsdauer voraussichtlich zum Kreis potentieller *neuer* Bewerber um eine Spielhallenerlaubnis gehören. Dies sollten die jeweils zuständigen örtlichen Behörden im Hinblick darauf bedenken, dass dereinst eine Auswahlentscheidung unter sämtlichen Bewerbern um weitere Spielhallenerlaubnisse am jeweiligen (gleichen) Standort zu treffen ist.

B. Auswahlentscheidung bei mehreren Antragstellern/Spielhallenbetreibern am gleichen Standort

Beim Thema Auswahlentscheidung sei zunächst daran erinnert, dass - ausgehend von den Anwendungshinweisen des MFW zum LGLüG für den Bereich der Spielhallen (Stand 11.12.2015, S. 29 ff.) - folgende *Fallgruppen* auseinanderzuhalten sind:

1. Vorgehen bei Konkurrenz von - ausschließlich - Spielhallen mit langem Bestandsschutz,
2. Vorgehen bei Konkurrenz von Spielhallen mit langem und kurzem Bestandsschutz,
3. Vorgehen bei Konkurrenz von Spielhallen mit langem Bestandsschutz und neu hinzukommenden Spielhallen,
4. Vorgehen bei Konkurrenz von - ausschließlich - Spielhallen mit kurzem Bestandsschutz,
5. Vorgehen bei Konkurrenz von Spielhallen mit kurzem Bestandsschutz und neu hinzukommenden Spielhallen,
6. Vorgehen bei mehreren ausschließlich neuen Spielhallen (bislange "spielhallenfreie" Gemeinde bzw. "spielhallenfreies" Baugebiet).

Die zuständige Behörde muss daher im Ausgangspunkt zunächst prüfen, welche der vorstehenden 6 Fallkonstellationen im Einzelfall vorliegt bzw. einschlägig ist, und danach ihre Erwägungen (unter Berücksichtigung der einschlägigen jeweils dazu vorliegenden Hinweise des MFW, die wesentliche Aussagen des StGH im Urteil vom 17.6.2014 - 1 VB 15/13 - zur Auswahlentscheidung berücksichtigen) ausrichten. Diese "Weichenstellung" zu Beginn der behördlichen Prüfung hat entscheidende Bedeutung. Denn wenn im Ausgangspunkt nicht erkannt wird, welche Konkurrenzsituation genau vorliegt, können die dazu angestellten Erwägungen der Behörde ggf. in die falsche Richtung gehen und damit rechtlich angreifbar werden.

Das beigefügte Protokoll eines Fachgesprächs zum LGLüG im WM mit Vertretern der Stadt Stuttgart am 23.11.2016 (**Anlage**) enthält *zusammenfassende wesentliche Aussagen* zur Prüfreihenfolge Härtefall (§ 51 Abs. 5 LGLüG) - Auswahlentscheidung, zu den Kriterien für eine Auswahlentscheidung sowie zu anderen zentralen Fragestellungen, und nimmt dabei Bezug auf die o.g. "Anwendungshinweise" und den Frage-/Antwortkatalog zur Dienstbesprechung des WM mit den Regierungspräsidien am 28.7.2016.

Neben dem StGH-Urteil vom 17.6.2014 enthalten auch die mit unten stehender E-Mail vom

27.4.2017 übersandten neueren Entscheidungen des BVerwG und des BVerfG vom 16.12.2016 bzw. vom 7.3.2017 einschlägige Ausführungen zum Thema Auswahlentscheidung, die auf die Rechts- und Entscheidungslage in Baden-Württemberg übertragbar und bei behördlichen Entscheidungen zu berücksichtigen sind.

Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. - klargestellt (Rn. 183 ff., Hervorhebungen hinzugefügt): Das Fehlen von Kriterien für die zu treffende Auswahl zwischen *bestehenden* Spielhallen mit Altgenehmigungen, die zueinander den Mindestabstand von 500 Metern nicht einhalten, im SpielhG SL verstößt nicht gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes, auch soweit etwa in Innenstädten oder Stadtteilzentren aufgrund der dort bestehenden Gemengelage eine *Vielzahl von Konkurrenzsituationen* aufgelöst werden muss. Die wesentlichen *Parameter der Auswahlentscheidung* in Konkurrenzsituationen zwischen Bestandsspielhallen lassen sich dem Saarländischen Spielhallengesetz in hinreichendem Maße entnehmen; insbesondere kann zur Konturierung der Auswahlkriterien *zunächst* auf die Regelung zur Härtefallbefreiung nach § 12 Abs. 2 S SpielhG zurückgegriffen werden, so dass im Rahmen der Auswahlentscheidung etwa auch die Amortisierbarkeit von Investitionen berücksichtigt werden kann. Auch ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung, dass bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten und in § 1 Abs. 1 S SpielhG niedergelegten Ziele (Anm: das sind zugleich die gesetzlichen Ziele nach § 1 GlüStV) zu beachten sind.

Zugleich hat das BVerfG klargestellt (Rn. 185): Die Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber gebietet es 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 - so das BVerfG - 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.

- Die Wendung "bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände *verbleibenden* Standortkapazität" ist nach Auffassung des WM ein Hinweis darauf, dass das BVerfG offensichtlich die Prüfung der Abstandsregelung - und damit auch der Härtefallregelung - zeitlich vorgehend angestellt wissen will und erst *danach* eine Auswahlentscheidung unter mehreren Bewerbern für angebracht hält, d.h. also die oben angesprochene *Prüfungsreihenfolge* so bewertet wie dies im Frage-/Antwortkatalog unter Abschnitt A 1 dargestellt und ausweislich des Protokolls des o.g. Fachgesprächs am 23.11.2016 auf S. 1 f. vom WM nochmals zusammenfassend erläutert wurde). Ebenso deutlich wird dies beim weiter oben angeführten Zitat, wo das BVerfG davon spricht, die wesentlichen Parameter der Auswahlentscheidung in Konkurrenzsituationen zwischen Bestandsspielhallen ließen sich dem S SpielhG in hinreichendem Maße entnehmen, insbesondere könne "zur Konturierung der Auswahlkriterien *zunächst* auf die Regelung zur Härtefallbefreiung nach § 12 Abs. 2 S SpielhG zurückgegriffen werden". Auch hier kommt zum Ausdruck, dass nach Auffassung des BVerfG die - gesetzlich normierte - Härtefallprüfung bzw. die dafür geltenden Kriterien stets Vorrang haben.

"Erlaubnisansträge *neu* in den Markt eintretender Bewerber" i.S. der Ausführungen des BVerfG sind Erlaubnisansträge von Betreibern neu hinzukommender Spielhallen. Angesprochen sind damit Konkurrenzsituationen zwischen diesen und Inhabern bestehender Spielhallen, und damit vor allem Fallkonstellationen der weiter oben angeführten Fallgruppe 3 (Vorgehen bei Konkurrenz von Spielhallen mit langem Bestandsschutz und neu hinzukommenden Spielhallen). Die Klarstellung seitens des BVerfG, dass in diesen Fällen "grundrechtsrelevante Vorbelastungen der Betreiber von Bestandsspielhallen zu berücksichtigen bleiben", ist ein Hinweis darauf, dass das BVerfG - als Abwägungskriterium für die Behörde im Rahmen der Auswahlentscheidung - vor allem diesen Umstand berücksichtigt wissen will.

Was "grundrechtsrelevante Vorbelastungen" sind, hat das BVerfG in seiner Entscheidung nicht näher ausgeführt. Angesichts des Umstands, dass der Betreiber einer nach § 33i GewO genehmigten Bestandsspielhalle in Wahrnehmung seines Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG (s. BVerfG, Rn. 127) bereits einen Spielhallenbetrieb am fraglichen Standort *geführt hat*, werden darunter vor allem solche (vor allem finanzielle) Belastungen zu verstehen sein, die zwar keinen Härtefall i.S.d. § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV bzw. des § 51 Abs. 5 LGlüG darstellen (in diesem Fall führen sie nach der gesetzlichen Wertung bereits zu einer vorrangigen Berücksichtigung des vorhandenen Betreibers,

vgl. Anwendungshinweise S. 33), aber solchen Belastungen nahe kommen, weil der Betreiber der Bestandsspielhalle sich - nachweislich - nicht zum Stichtag 30.6.2017 von ihnen lösen *konnte* und daher auf eine Fortführung des Betriebs über den 30.6.2017 hinaus zwingend (unbedingt) angewiesen ist. Je nachdem wie lang dies - nachweislich - der Fall ist, kann über den Weg einer entsprechenden Befristung der Spielhallenerlaubnis (§ 41 Abs. 1 Satz 3 LGlÜG) die Chancengleichheit im Verhältnis zu Mitbewerbern mit Blick auf *künftige* Auswahlverfahren wiederhergestellt werden, denn einen wie auch immer gearteten besonderen Schutz für Betreiber einer einstmals nach § 33i GewO zugelassenen Spielhalle, die nunmehr für ihren Betrieb eine - befristete - Erlaubnis nach § 41 LGlÜG erhalten, gibt es dann nicht mehr.

Mit dem Hinweis des BVerfG auf die in § 1 Abs. 1 SSpielhG niedergelegten *gesetzlichen Ziele* (bzw. die Ziele nach § 1 GlüStV) als zu beachtendes Kriterium im Rahmen der Auswahlentscheidung wird ein Gesichtspunkt genannt, der in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV und in § 51 Abs. 5 Satz 1 Halbs. 2 LGlÜG ausdrücklich angeführt wird; das WM hat zur Anwendung dieses Kriteriums in den Anwendungshinweisen (S. 27) bereits eine gezielte Hilfestellung gegeben.

Das BVerwG hat in seinem Urteil vom 16.12.2016 - 8 C 6.15 - nur wenige Ausführungen zur Auswahlentscheidung gemacht. Diese beziehen sich überwiegend auf die Berliner Vorschriften zur Erlaubniserteilung im sog. Sonderverfahren (§§ 4 bis 9 MindAbstUmsG BE) bei konkurrierenden Inhabern von Bestandsspielhallen (Inhabern von Erlaubnissen gemäß § 33i GewO nach deren Erlöschen am 31.7.2016 gemäß dem Berliner Landesrecht) am gleichen Standort. Gleichwohl enthalten auch die auf diese Konstellation bezogenen Ausführungen des BVerwG einige wesentliche Aussagen, die für Baden-Württemberg und die dortige - gesetzlich nicht ausdrücklich geregelte - behördliche Vorgehensweise in Konkurrenzsituationen klarstellende Bedeutung haben.

Das BVerwG stellt in Bezug auf das Berliner Sonderverfahren bei der Frage des Losentscheids (zwecks einer Auswahl zwischen rechtlich gleichstehenden Spielhallen) u.a. klar, dass "sich Spielhallenbetreiber innerhalb der fünfjährigen Übergangsfrist des § 8 Abs. 1 SpielhG BE *darauf einstellen* mussten, dass künftig nur *eine* Spielhalle je Standort betrieben werden darf" und "dass die dem Losverfahren vorangehenden *Auswahlkriterien* nicht um das Kriterium der Anzahl der aktuell aufgestellten Spielgeräte angereichert werden mussten" (Rn. 55). Das BVerwG stellt ferner klar, dass "eine Auswahl nach Eingang des Erlaubnisanspruchs (Priorität) angesichts der kurzen Ausschlussfrist von drei Monaten nach § 2 Abs. 1 Satz 1 MindAbstUmsG BE nicht geboten ist" und dass "für eine bevorzugte Auswahl zertifizierter Bestandsspielhallen es schließlich an einem staatlich anerkannten Zertifizierungsverfahren fehlt, auf das schon wegen der Schwere eines solchen Eingriffs (gemeint ist: eines Grundrechtseingriffs) nicht verzichtet werden kann" (a.a.O.). In Bezug auf das Losverfahren selbst macht das BVerwG deutlich, dass der Landesgesetzgeber keine weiteren Vorgaben zur näheren Ausgestaltung der Methodik des Losentscheids zwischen rechtlich gleichrangigen Spielhallen treffen musste, sondern sie der *Verwaltungspraxis* überlassen konnte (Rn. 58).

Diese Ausführungen gewinnen Bedeutung für den bereits in den Anwendungshinweisen (S. 34 erster Absatz und 35 erster Absatz) angesprochenen Fälle einer "Patt-Situation" unter mehreren Bewerbern, bei denen die Abwägung der Behörde zu *keinem* eindeutigen Ergebnis geführt hat, die Anträge der konkurrierenden Bewerber also im Wesentlichen als *gleichwertig* anzusehen sind, und deshalb - denklogisch - nur die Möglichkeit verbleibt, eine Auswahlentscheidung im Losverfahren (d.h. per Losentscheid) herbeizuführen. Diese Vorgehensweise ist von einer - in Baden-Württemberg nicht zur Anwendung kommenden, jedoch in anderen Bundesländern geltenden und verfassungsrechtlich fragwürdigen - Vorgehensweise zu unterscheiden, derzufolge im Rahmen einer Auswahl zwischen mehreren Bewerbern von vornherein *nur* das Los entscheiden soll, die Spielhallenerlaubnis also allein im Losverfahren vergeben wird und sonstige Abwägungs- oder Auswahlkriterien *keine* Rolle spielen. Das BVerwG hat sich zu dieser letztgenannten Fallkonstellation nicht geäußert, weil im Berliner Sonderverfahren kraft gesetzlicher Vorgabe das Los nur als "ultima ratio" zur Anwendung kam; so verhält es sich aufgrund der Vorgaben in den "Anwendungshinweisen" auch in Baden-Württemberg.

Es wird darum gebeten, die nachgeordneten Behörden - möglichst ungekürzt - zu unterrichten. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass diese Information auch die in den Fachämtern zuständigen Beschäftigten erreichen soll. Dem WM gehen immer wieder Informationen zu, wonach dies - v.a. bei kleineren Verwaltungseinheiten - nicht durchgehend erfolgt. Die Kommunalen Landesverbände könnten über ihre Verbindungswege dazu beitragen, dass solche Informationsdefizite von vornherein vermieden werden.

Mit freundlichen Grüßen

Matthias Brehm

Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau Baden-Württemberg

Leiter des Referats "Wirtschafts- und Gewerberecht"

Tel.: 0711/123-2335

Fax: 0711/123-2094

e-Mail: Matthias.Brehm@wm.bwl.de