

Protokoll Fachgespräch zum Landesglücksspielgesetz mit dem Wirtschaftsministerium (WM)

Datum	23.11.2016
Zeit	10:00 Uhr bis 13:00 Uhr
Teilnehmer	Herr Brehm, Herr Dr. Brischke (WM), Frau Reisch (RPS), Herr Dr. Stadler, Frau Kapp, Frau Bondarenko (LHS Stuttgart, AföO)

TOP 1 Anlass des Gesprächs

Das Gespräch mit dem WM kam auf Wunsch der Teilnehmer des am 30.09.2016 in der Landeshauptstadt Stuttgart durchgeführten Praktikertreffens unter Vermittlung durch den Städtetag Baden-Württemberg zustande. Das WM stimmte einem Treffen mit der Landeshauptstadt Stuttgart als Repräsentantin der Städte, die an dem Praktikertreffen teilgenommen haben, für ein weiteres Fachgespräch ausnahmsweise zu. Das RP Stuttgart als für die Landeshauptstadt Stuttgart zuständige obere Fachaufsichtsbehörde wurde einbezogen.

TOP 2 Austausch/ Fragen

➤ Prüfungsreihenfolge Härtefall (§ 51 Abs. 5 LGlüG) - Auswahlentscheidung bei Vorliegen mehrerer Anträge für Spielhallen am gleichen Standort

Das Wirtschaftsministerium hält nach ausführlicher Erörterung unverändert an seiner im Frage-Antwort-Katalog geäußerten Auffassung fest, die Härtefallprüfung nach § 51 Abs. 5 LGlüG habe vor der Auswahlentscheidung bei Vorliegen einer Konkurrenzsituation stattzufinden. Es begründet seine Auffassung damit, diese Prüfungsreihenfolge sei im Gesetz angelegt. Nach Prüfung der Zuverlässigkeit des Antragstellers seien die weiteren Voraussetzungen des § 42 LGlüG für die Erlaubniserteilung zu prüfen, insbesondere das Abstandsgebot und das Verbot der Mehrfachkonzession (§ 42 Abs. 1 und 2 LGlüG). Würden diese Erlaubnisvoraussetzungen beim Antragsteller nicht vorliegen, so könne eine Erlaubnis nach § 41 LGlüG nur erteilt werden, wenn die zuständige Behörde den Antragsteller auf einen entsprechenden Antrag nach § 51 Abs. 5 LGlüG von der Einhaltung dieser Anforderungen für einen angemessenen, im Erlaubnisbescheid festzulegenden Zeitraum befreie (Härtefallentscheidung). Die Härtefallprüfung und -entscheidung sei mithin integraler Bestandteil der Prüfung, ob die Erlaubnis nach § 41 LGlüG erteilt werden könne. Komme es zu einer Befreiung des Antragstellers, erhalte dieser die Erlaubnis am Standort mit der Folge, dass andere Bewerber, die keine Befreiung nach § 51 Abs. 5 LGlüG in Anspruch nehmen könnten, wegen § 42 Abs. 1 und 2 LGlüG kraft Gesetzes keine Erlaubnis mehr erhalten könnten. Es komme in dieser Konstellation somit erst gar nicht zu einer Auswahlentscheidung unter mehreren Bewerbern am gleichen Standort. Falls mehrere

Antragsteller eine Befreiung nach § 51 Abs. 5 LGlüG erhielten, gelte das Gleiche; das Gesetz lasse ggf. auch eine - eventuell unterschiedlich lange - Befreiung mehrerer Antragsteller (Betreiber von Spielhallen mit längerem Bestandsschutz am gleichen Standort) zu; die Härtefallentscheidung sei stets eine Einzelfallentscheidung.

Das WM erläutert in diesem Zusammenhang seine Rechtsauffassung, dass zwischen einer Erlaubnis nach § 41 LGlüG und einer Erlaubnis, die aufgrund einer Härtefallprüfung und -entscheidung nach § 51 Abs. 5 LGlüG erteilt werde, im Ergebnis kein Unterschied bestehe; eine „Härtefallerlaubnis“ gebe es nicht, nur eine Erlaubnis nach § 41 LGlüG für den Betrieb einer Spielhalle. Mittels einer Härtefallentscheidung könnten bei Spielhallen mit längerem Bestandsschutz bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen nur die besonderen Anforderungen nach § 42 Abs. 1 und 2 LGlüG (Abstandsgebot, Verbot der Mehrfachkonzession) überwunden werden. Diese Härtefallentscheidung sei im Rahmen der Erlaubnisentscheidung nach § 41 LGlüG (mit) zu tenorieren.

Die Erlaubnis unter Gewährung einer Befreiung nach § 51 Abs. 5 LGlüG sei auch nicht auf eine „Abwicklung des Betriebs“ bis zum gewährten Fristende (dem „angemessenen Zeitraum“) gerichtet; vielmehr erlaube sie den „vollwertigen Betrieb einer Spielhalle nach neuem Recht (ggf. mit Auflagen), aber eben nur bis zum Ende des Zeitraums der Befreiung nach § 51 Abs. 5 LGlüG, da danach das Abstandsgebot bzw. das Verbot der Mehrfachkonzession zum Tragen komme. Gebe es nach Ablauf dieses Zeitraums (bzw. bei mehreren ausgesprochenen Befreiungen: des „letzten“ Befreiungszeitraums) im 500 m-Radius keine Spielhalle mehr, die eine Sonderbehandlung erführe, könnten alle interessierten Bewerber einen Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis nach § 41 LGlüG stellen. In diesem Fall sei dann zwangsläufig eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren Bewerbern zu treffen, wobei es keinen Unterschied mache, ob es sich um Betreiber einer neu hinzukommenden Spielhalle, um Betreiber, die bislang eine Befreiung nach § 51 Abs. 5 LGlüG beanspruchen konnten, oder um Betreiber bestehender Spielhallen am Standort ohne besonderen Status gehe, die allein deshalb noch vorhanden seien, weil die Betriebe mit Rücksicht auf noch nicht rechtskräftig abgeschlossene verwaltungsgerichtliche Verfahren oder aus sonstigen Gründen bislang nicht geschlossen werden konnten.

➤ **Kriterien für eine Auswahlentscheidung**

Das Wirtschaftsministerium hält nach ausführlicher Erörterung an seiner im Frage-Antwort-Katalog ausführlich begründeten Auffassung fest, dass allgemeine Festlegungen innerhalb einer Gemeinde zum Vorgehen bei Härtefall- und/oder Auswahlentscheidungen - auch mittels eines Bewertungsschemas oder einer Bewertungsmatrix - unbedingt zu vermeiden sind und entsprechende Papiere der Gemeinden - insbesondere wenn sie Verfahrensbeteiligten und ihren Bevollmächtigten bereits bekannt gegeben wurden - umgehend förmlich zurückgezogen werden müssen. Es müsse ein Flickenteppich unterschiedlicher Papiere der Kommunen ebenso verhindert werden wie das Risiko, dass die Verwaltungsgerichte - wie im Fall der Vergabe der Sportwettenkonzessionen nach dem GlüStV geschehen (VGH Kassel, Beschluss vom 16.10.2015 - 8 B 1028/15 -, ZfWG 2015, 478) - solchen Papieren unter Berufung auf Rechtsfehler (Unvollständigkeit, falsche Gewichtung oder sonstige Unzulänglichkeiten) die Anerkennung versage und sämtliche darauf gestützte Verwaltungsentscheidungen aufhebe.

Die Auswahlentscheidung unter mehreren Bewerbern am gleichen Standort sei per se eine Einzelfallentscheidung und entziehe sich daher einer Anwendung vorab festlegbarer „fester“ Entscheidungskriterien oder gar der Anwendung eines starren Punkte- bzw.

Gewichtungsschemas. Die Anwendungshinweise des MFW (Stand 11.12.2015) sowie die Erläuterungen im Frage-Antwort-Katalog zur Dienstbesprechung des WM mit den Regierungspräsidien am 28.7.2016 enthielten lediglich allgemeine Hinweise zum Vorgehen und zu den möglichen sowie zu den nach der Rechtsprechung eher rechtlich „problematischen“ Kriterien, die bei einer Auswahlentscheidung der Behörde angesichts der unterschiedlichen Fallgruppen (Anwendungshinweise S. 29 ff.) eine Rolle spielen würden, sowie Hinweise zum methodischen Vorgehen.

Der zuständigen Behörde bzw. Gemeinde sei allerdings unbenommen, für eine zu treffende Auswahlentscheidung unter Zuhilfenahme der o.g. Hinweise des MFW Auswahlkriterien zu entwickeln, die sie im jeweiligen Einzelfall zur Anwendung bringen und der Prüfung zugrunde legen wolle, weil das Gesetz (§ 39 Abs. 1 LVwVfG) sie im Übrigen auch dazu verpflichtete, ihre Ermessensentscheidung zu begründen und die Erwägungen offenzulegen, die der getroffenen (positiven) Auswahlentscheidung zugrunde gelegen haben bzw. umgekehrt zur Ablehnung der übrigen Bewerber geführt haben. Diese Auswahlkriterien müssten in den Bescheiden der Gemeinden verbalisiert (und ihre jeweilige Anwendung auf die verschiedenen Bewerber nachvollziehbar begründet) werden. Eine solche Vorgehensweise, die auch in einem die relevanten Erwägungen der Gemeinde dokumentierenden Vermerk für die Akten münden könnte, sei mit einer (vom WM abgelehnten) abstrakten, vom jeweiligen Einzelfall losgelösten Vorabfestlegung genereller Auswahlkriterien und Punkteschemata nach Art einer Verwaltungsvorschrift, die bei allen relevanten Auswahlfällen der Gemeinde einheitlich zur Anwendung kommen solle, inhaltlich nicht vergleichbar.

Die Auswahlkriterien für verschiedene Standorte innerhalb einer Gemeinde könnten sich inhaltlich durchaus unterscheiden, was schon daraus folge, dass nicht nur verschiedenartige örtliche/ortsbezogene oder planerische Gegebenheiten und Absichten der Gemeinde vorliegen könnten, sondern auch unterschiedliche Fallkonstellationen (s. Anwendungshinweise S. 29 ff.) sowie sich jeweils unterscheidende tatsächliche Verhältnisse bei den einzelnen beteiligten Spielhallen und deren Betreibern bis hin zu der Frage, wie der Betrieb in der Vergangenheit geführt wurde und welche Vorkehrungen mit Blick auf den künftigen Betrieb der jeweiligen Spielhalle (bspw. in Bezug auf den Spieler- und Jugendschutz sowie die Bekämpfung der Spielsucht, s. § 1 GlüStV) vorgesehen seien. Die relevanten Auswahlkriterien könnten sich also angesichts unterschiedlicher Standortbesonderheiten im Einzelfall durchaus unterscheiden (Beispiel: andere Verhältnisse in Stuttgart Bad-Cannstatt als in Stuttgart Feuerbach). Als ein Auswahlkriterium unter vielen könne im Einzelfall bspw. auch die Nähe zu Kinder- und Jugendeinrichtungen eine Rolle spielen.

Sollte sich nach sorgfältiger Anwendung aller einschlägigen, von der Gemeinde konkret herangezogenen Auswahlkriterien keine der jeweils beteiligten Spielhallen am gleichen Standort als eindeutig vorzugswürdig herauskristallisieren, komme - mangels einer anderen Alternative - zwangsläufig nur noch ein Losentscheid unter den als gleichwertig beurteilten Spielhallen in Betracht.

➤ **Nachträglich gerichtlich festgestellter Härtefall**

Sollte dem Betreiber einer Spielhalle mit langem Bestandsschutz mit seinem Härtefallantrag (§ 51 Abs. 5 LGlüG) nach zunächst erfolgter Ablehnung erst im Widerspruchs- oder Klageverfahren Erfolg beschieden sein, würde zwischenzeitlich erteilten Spielhallenerlaubnissen nach § 41 LGlüG und in diesem Zusammenhang ggf. getroffenen Auswahlentscheidungen wegen § 42 Abs. 1 und 2 LGlüG (Abstandsgebot, Verbot der Mehrfachkonzession) zwar nachträglich die Grundlage entzogen. Das WM geht jedoch nicht

davon aus, dass die bereits vorliegenden Spielhallenerlaubnisse in einem solchen Fall zwingend zurückzunehmen seien; vielmehr stünden die Erlaubnisse (Erlaubnis mit und Erlaubnis ohne Härtefallentscheidung) dann aufgrund der nachträglich im Widerspruchs- oder Klageverfahren entstandenen Situation rechtlich nebeneinander.

➤ **Förmliche Hinzuziehung konkurrierender Bewerber**

Wie im Frage-Antwort-Katalog (Abschnitt A 3) näher dargelegt, hält das Wirtschaftsministerium es für notwendig, Anträge konkurrierender Bewerber auf förmliche Hinzuziehung zum Verwaltungsverfahren (§ 13 Abs. 2 Satz 2 LVwVfG) positiv zu bescheiden und diesen Personen (bzw. ihren Verfahrensbevollmächtigten) nach deren förmlicher Hinzuziehung als Beteiligte auf Antrag - wie im Gesetz vorgesehen - auch Akteneinsicht nach § 29 LVwVfG zu gewähren. Die förmliche Hinzuziehung der konkurrierenden Bewerber als Beteiligte *könne* gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 LVwVfG auch von Amts wegen erfolgen. Zur Vermeidung von Verfahrensfehlern sei es im vorliegenden Zusammenhang besonders wichtig, bei Anträgen konkurrierender Bewerber am gleichen Standort 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. Denn erst dadurch würden diese überhaupt Kenntnis von der Situation erlangen und in die Lage versetzt, ggf. ihre förmliche Hinzuziehung als Beteiligte nach § 13 Abs. 2 Satz 2 LVwVfG zu verlangen.

Passagen in den Verfahrensakten mit Angaben zu persönlichen Lebensumständen anderer Beteiligter oder mit Angaben, die Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, insbesondere Zahlenwerk oder anderweitige Angaben zu finanziellen Verhältnissen anderer Beteiligter enthalten, müssen bei einer möglichen Akteneinsicht von förmlich als Beteiligte hinzugezogenen Konkurrenten (oder ihrer Verfahrensbevollmächtigten) mit Rücksicht auf den Datenschutz vorab geschwärzt werden.

➤ **Rechtsfolgenseite bei Härtefallentscheidungen für Mehrfachspielhallen**

Beim Praktikertreffen waren sich die Teilnehmer darüber einig, dass es in Fällen einer Mehrfachspielhalle des gleichen Betreibers im Hinblick auf den Gesetzeszweck möglich wäre, nur zugunsten einer Spielhalle eine Befreiung nach § 51 Abs. 5 LGlüG auszusprechen, auch wenn bei den anderen Spielhallen auf der Tatbestandsseite ein Härtefall i.S. der Vorschrift anzunehmen ist.

Das WM sieht diese Vorgehensweise kritisch, weil aufgrund eines solchen Vorgehens die im Gesetz vorgesehene Befreiungsmöglichkeit unterlaufen werde. § 51 LGlüG sehe eine Befreiung von der Anforderung des § 42 Abs. 2 LGlüG auch für Mehrfachspielhallen vor. Es könne im Rahmen der Härtefallentscheidung nach § 51 Abs. 5 LGlüG nicht argumentiert werden, der Betreiber besitze eine Mehrfachspielhalle und dürfe aufgrund des Schutzzwecks des Gesetzes im Ergebnis nur eine einzige Spielhalle weiterbetreiben, denn eine Härtefallentscheidung sei - wenn entsprechende Härtefallanträge gestellt worden seien - in Bezug auf jede beteiligte Spielhalle zu treffen.

Die Versagung einer Befreiung auf der Rechtsfolgenseite, also trotz Vorliegens eines Härtefalls auf der Tatbestandsseite, sei hingegen denkbar und möglich, etwa unter Berufung auf den besonderen Umstand, dass eine Suchthilfeeinrichtung in der Nähe der fraglichen Spielhalle liege.

➤ **Befristung der Erlaubnis nach § 41 LGLüG (ohne Härtefall)**

Eine Erlaubnis ist nach § 41 Abs. 1 Satz 3 LGLüG auf *maximal* 15 Jahre zu befristen. Bei der Festlegung des Befristungszeitraums steht der Behörde ein Ermessen zu. Nach Auffassung des WM bedeutet die gesetzliche Festlegung auf maximal 15 Jahre nicht, dass diese Dauer der Normalfall ist oder gar der Regelfall sein muss. Die zuständigen Behörden können und sollen vielmehr die volle zeitliche Bandbreite des § 41 Abs. 1 Satz 3 LGLüG ausschöpfen und die getroffene Festlegung in der Erlaubnis begründen (§ 39 Abs. 1 LVwVfG). Hierzu kann man bspw. auf stadtplanerische Aspekte (z.B. aufgrund einer Vergnügungsstättensatzung) abstellen. Im Hinblick darauf rät das WM zu einer engen Zusammenarbeit und Abstimmung mit dem Stadtplanungsamt. Denkbar seien auch die frühzeitige Befassung des Gemeinderats mit der Frage einer Befristung und die Herbeiführung eines Grundsatzbeschlusses zur Befristung von Spielhallenerlaubnissen in der Gemeinde, der allerdings sorgfältig begründet werden müsse. Bei der Befristung spiele auch die Geltungsdauer des Glückspielstaatsvertrags eine Rolle (vgl. § 35 Abs. 2 GlüStV). Das VG München (ZfWG 2016, 171 LS) habe jedenfalls entschieden, dass angesichts der in § 35 Abs. 2 GlüStV festgelegten begrenzten Geltungsdauer des Glückspielstaatsvertrags die Befristung einer Spielhallenerlaubnis auf 4 Jahre nicht zu beanstanden ist.

➤ **Befristung der Erlaubnis nach § 41 LGLüG und des Härtefalls nach § 51 Abs. 5 LGLüG**

Das WM spricht sich dafür aus, die Befristung der Erlaubnis nach § 41 LGLüG und die Befristung der Härtefallentscheidung (Befreiung) nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG auf jeden Fall zu synchronisieren, und verweist hierzu auf die entsprechenden Ausführungen in den „Anwendungshinweisen“.

Schließt ein Betreiber aufgrund einer Entscheidung nach § 51 Abs. 5 LGLüG andere Bewerber am gleichen Standort (500 m-Radius) aus, kann er gleichwohl nur eine auf diese Vorschrift gestützte Erlaubnis - mit einer zeitlich begrenzten Befreiung („für einen angemessenen Zeitraum“) - erhalten und nicht eine Erlaubnis mit einer auf § 41 Abs. 1 Satz 3 LGLüG gestützten (maximalen) Geltungsdauer von 15 Jahren. Dies liegt u.a. in dem Umstand begründet, dass er für die Dauer der Befreiung andere Bewerber, die keine Härtefallentscheidung zu ihren Gunsten in Anspruch nehmen können, wegen § 42 Abs. 1 und 2 LGLüG faktisch ausschließt.

➤ **Anordnung der sofortigen Vollziehung der Erlaubnis**

Bei Erteilung einer Spielhallenerlaubnis nach § 41 LGLüG sollte die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht von vornherein im Erlaubnisbescheid verfügt werden, da § 80a Abs. 1 Nr. 1 VwGO bestimmt, dass die Behörde im Falle des Widerspruchs eines durch die Entscheidung belasteten Dritten erst auf Antrag des Begünstigten die sofortige Vollziehung anordnen kann.

Von der Möglichkeit zur Anordnung der sofortigen Vollziehung im Falle der Ablehnung einer Erlaubnis (mit der Folge einer dann notwendigen Schließung der Spielhalle) sollte aufgrund von Haftungsrisiken jedenfalls derzeit nur mit Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden.

➤ **Sachbescheidungsinteresse eines Zweitbewerbers**

Es kann nur ein Bewerber für ein und dieselbe Spielhalle zum Zuge kommen. Sollte der bisherige Betreiber seinen Erlaubnisantrag nach § 41 LGLüG nur „hilfsweise“ stellen, ist der

Antrag des „neuen“ Betreibers für dieselbe Spielhalle vorrangig zu prüfen. Wird dem „neuen“ Betreiber die beantragte Erlaubnis erteilt, ist der „hilfsweise“ gestellte Antrag hinfällig.

TOP 3 Weiteres Vorgehen

Die Landeshauptstadt Stuttgart informiert die anderen Teilnehmer des Praktikertreffens über das Ergebnis des Gesprächs mit dem WM.

Dr. Stadler

Bondarenko