

OVG Hamburg – Beschl. vom 02.07.2018 – 4 Bs 50/18 / 17 E 10135/17

In der Verwaltungsrechtssache

- Antragstellerin -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte Redeker, Seilner, Dahs, Willy-Brandt-Allee 11, 53113 Bonn,
-68/1585-17 -,

g e g e n

Freie und Hansestadt Hamburg,
vertreten durch das Bezirksamt Hamburg-Mitte - Rechtsamt
Caffamacherreihe 1-3, 20355 Hamburg,
-M/RA 4-1681/17, 1684/17, 1693/17, 1728/17, 1698/17-6

- Antragsgegnerin -

hat das Hamburgische Obergerverwaltungsgericht, 4. Senat, am 2. Juli 2018 durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht Jahns, die Richterin am Obergerverwaltungsgericht Walter, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Dr. Kränz beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Hamburg vom 5. März 2018 mit Ausnahme der Streitwertfestsetzung geändert.

Der Antrag der Antragstellerin auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes wird abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des gesamten Verfahrens.

Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 15.000,- Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt die weitere Duldung des Betriebs ihrer Spielhalle.

Die Antragstellerin, eine GmbH, betreibt am Standort Hamburg zwei Spielhallen. Hierfür hatte ihr die Antragsgegnerin im November 2007 eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt.

Am 28. November 2016 beantragte die Antragstellerin unter Beifügung diverser Unterlagen die Erteilung einer Erlaubnis nach dem Hamburgischen Spielhallengesetz (v. 4.12.2012, HmbGVBI. S. 505, zuletzt geänd. durch G. v. 20.7.2016, HmbGVBI. S. 323, - HmbSpielhG -) für die beiden Spielhallen ab dem 1. Juli 2017 für die Dauer von 15 Jahren, hilfsweise nach § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG unter Befreiung von den Vorgaben des § 2 Abs. 2 HmbSpielhG für einen angemessenen Zeitraum. Mit dem Antrag legte sie alle erforderlichen Unterlagen fristgerecht vor. Sie machte geltend, § 2 Abs. 2 HmbSpielhG sei verfassungswidrig. Selbst wenn die Regelung anwendbar sei, sei in ihrem Fall eine unbillige Härte gegeben. Sie sei nach § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG von der Anforderung des § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG (Mindestabstand zu anderen Spielhallen) und des § 2 Abs. 2 Satz 1 (Verbundverbot) zu befreien. Die Spielhallen seien vom TÜV Rheinland zertifiziert worden. Eine Anpassung des Betriebes an die Anforderungen des HmbSpielhG sei aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen nicht möglich und mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar. In den Standort seien Investitionen in Höhe von • geflossen; hinzu kämen Instandhaltungskosten. Auf jede Spielhalle entfalle ein Restbuchwert von • . Näheres ergebe sich aus dem Gutachten der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft • vom 15. Dezember 2016.

Mit Schreiben vom 16. Mai 2017 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin u.a. mit, nach Aktenlage sei die beantragte Erlaubnis zu versagen, weil ihre Spielhallen in Konkurrenz mit anderen Bestandsspielhallen stünden, für die ebenfalls ein Erlaubnisantrag zum Weiterbetrieb der Spielhalle ab dem 1. Juli 2017 gestellt worden sei. Nach § 9 Abs. 4 HmbSpielhG habe die länger bestehende Spielhalle Vorrang. Auf die Gerätereduzierungspflicht finde § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG keine Anwendung. Die Antragsgegnerin gab der Antragstellerin Gelegenheit, zum Alter des eigenen Spielhallenstandortes und insbesondere zum Nachweis der Voraussetzungen einer Befreiung nach § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG fristgerecht vorzutragen. Daraufhin legte die Antragstellerin weitere Unterlagen vor.

Für die (konkurrierenden) Spielhallen in der • (A. GmbH) in Hamburg und in der • (F. Ca. GmbH) in Hamburg erteilte die Antragsgegnerin mit Bescheiden vom 17. Juli 2017 jeweils eine Erlaubnis nach § 2 HmbSpielhG zum Betrieb ab dem 1. Juli 2017.

Mit Bescheiden vom 17. Juli 2017 lehnte die Antragsgegnerin den Antrag der Antragstellerin ab, ihr die beantragte Erlaubnis zum Weiterbetrieb der Spielhalle „Halle 1“ und der „Halle 2“ zu erteilen. Zur Begründung wies sie darauf hin, die Erlaubnis sei nach § 2 Abs. 5 Nr. 4 Satz 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG zu versagen, weil der Spielhallenstandort den

Abstand zu weiteren Unternehmen unterschreite und Bestandsspielhallen in der Entfernung unterhalb des Mindestabstands an einem älteren Standort im Sinne des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG gelegen seien. Für diese 427 m und 455 m entfernten konkurrierenden Spielhallen sei eine Erlaubnis zum Betrieb ab dem 1. Juli 2017 erteilt worden. Diese Standorte würden bereits seit Juli 1975 bzw. seit April 1983 zum Betrieb einer Spielhalle genutzt. Die Spielhallen hätten Vorrang vor den Spielhallen der Antragstellerin/die erst seit Mai 1988 an dem Standort betrieben würden. Die begehrte Befreiung von der Anforderung des § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG könne nicht zugelassen werden. Die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG lägen nicht vor. § 2 Abs. 2 Satz 4 HmbSpielhG finde keine Anwendung.

Die Widersprüche der Antragstellerin gegen die ablehnenden Bescheide sowie die Widersprüche gegen die den konkurrierenden Betrieben erteilten Erlaubnisse wies die Antragsgegnerin mit Widerspruchsbescheiden vom 10. Oktober 2017 zurück. Sie führte aus, § 2 Abs. 2 HmbSpielhG sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Auswahlentscheidung zwischen den nach § 2 Abs. 2 HmbSpielhG konkurrierenden Spielhallen sei rechtmäßig auf der Grundlage des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG getroffen worden

Die Antragstellerin hat am 13. November 2017 mit dem Ziel Klage erhoben, die Antragsgegnerin unter Aufhebung der entgegenstehenden Bescheide vom 17. Juli 2017 und vom 10. Oktober 2017 zu verpflichten, ihre Anträge auf Erteilung von Erlaubnissen zum Betrieb der beiden Spielhallen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden und die den Betreibern A. GmbH und F. Ca. GmbH für die konkurrierenden Spielhallen in der •
und in der • erteilten Erlaubnisse vom 17. Juli 2017 aufzuheben (17 K 9188/17). Über die Klage ist noch nicht entschieden worden.

Am 19. Dezember 2017 hat die Antragstellerin um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Sie hat u.a. geltend gemacht:

Es liege ein Anordnungsgrund vor, da sie ab dem 1. Januar 2018 faktisch zur Schließung ihrer Spielhallen gezwungen sei. Angesichts der laufenden Kosten und der durch die Schließung bedingten Umsatzeinbußen seien nicht mehr rückgängig zu machende Nachteile zu befürchten; auch das beschäftigte Personal müsse freigesetzt werden.

Es bestehe auch ein Anordnungsanspruch. Das in § 9 Abs. 4 HmbSpielhG normierte Auswahlverfahren sei verfassungswidrig. Das Fehlen einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis gemäß § 2 Abs. 1 HmbSpielhG könne den Betreibern von Bestandsspielhallen nicht entgegengehalten werden. Die § 9 Abs. 4 HmbSpielhG zu Grunde liegenden Kriterien verletzen ihre Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG. Die Konnexität zwischen dem

normierten Auswahlkriterium und dem verfolgten Regelungsziel sei nicht erkennbar. Das Alter einer Spielhalle bzw. die Nummer der Gewerbeanmeldung sage nichts darüber aus, ob und inwieweit ihr Fortbetrieb mit den Zielen des HmbSpielhG in Einklang stehe. Nach dem Regulationsmodell des HmbSpielhG und des GlüStV gehe es nicht um Bestandsschutzwahrung, sondern um dessen Relativierung. Bestandsschutzinteressen werde bereits nach § 9 Abs. 1 Satz 1 HmbSpielhG i.V.m. § 9 Abs. 5 HmbSpielhG Rechnung getragen. Eigentumsrechtlichen Schutz genossen zudem nicht irgendwelche Investitionen, sondern nur diejenigen des aktuellen Betreibers, die im Vertrauen auf den Fortbestand einer gültigen Erlaubnis nach § 33i GewO getätigt worden seien. Die Behörden hätten sich im Übrigen nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eines Verteilmechanismus zu bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermögliche. Danach könnten hier statt zwei Erlaubnissen drei Erlaubnisse erteilt werden, nämlich für den Standort • und für die Antragstellerin. Auch verfahrenswirtschaftliche Aspekte seien nicht geeignet, die Zugrundelegung rein formaler Auswahlkriterien zu rechtfertigen.

Selbst wenn eine ordnungsgemäße Auswahlentscheidung unterstellt werde, seien ihr, der Antragstellerin, für einen angemessenen Zeitraum im Wege der hilfsweise beantragten Härtefallbefreiung Erlaubnisse zu erteilen. Die Anforderungen des § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG lägen vor. Bis zum 28. Oktober 2011 habe sie umfangreiche Investitionen getätigt und insbesondere langfristige Miet- oder Pachtverträge abgeschlossen.

Die Antragstellerin hat beantragt,

die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den Fortbetrieb der Spielhallen „Halle 1“ und „Halle 2“ am Standort • Hamburg bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu dulden.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie hat u.a. geltend gemacht, ein Anordnungsanspruch bestehe nicht. Der Weiterbetrieb der beiden Spielhallen verstoße gegen das verfassungskonforme Verbundverbot. Der Vorrang der länger bestehenden Spielhalle sei verfassungskonform. Das Bundesverwaltungsgericht habe die Anciennität als ein mögliches Auswahlkriterium anerkannt. Im Übrigen habe die Antragstellerin kein Recht, ihre beiden Mehrfachspielhallen einstweilen weiter zu betreiben. Es bestehe ein besonderes öffentliches Interesse daran, dem Abstandsgebot des § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG und dem Verbundverbot des § 2 Abs. 2 Satz 1 HmbSpielhG zu einer unmittelbaren Umsetzung zu verhelfen. Das Bundesverwaltungsgericht habe klargestellt,

dass das Recht des Betreibers darauf beschränkt sei, mit lediglich einer Spielhalle am Auswahlverfahren zwischen Bestandsspielhallen teilzunehmen. Dies gelte selbst dann, wenn das Auswahlverfahren verfassungswidrig wäre und ein neues Auswahlverfahren stattzufinden hätte. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass sich die beiden Mehrfachspielhallen unterschieden und in einem künftigen Auswahlverfahren unterschiedlich bewertet würden. Die Voraussetzungen für einen Härtefall nach § 9 Abs. 1 Satz 4 HmbSpielhG lägen für beide Spielhallen nicht vor.

Die Antragstellerin habe keinen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Sie habe sich spätestens seit Inkrafttreten des HmbSpielhG Ende 2012 darauf einstellen müssen, ab dem 1. Juli 2017 höchstens eine Spielhalle am Standort • weiter betreiben zu dürfen. Sie habe ihre unternehmerische Entscheidung mit langem Vorlauf auf die absehbare Schließung ausrichten können.

Mit Beschluss vom 5. März 2018 hat das Verwaltungsgericht die Antragsgegnerin im Wege einstweiliger Anordnung verpflichtet, gegenüber der Antragstellerin keine Maßnahmen zur Beendigung oder Sanktionierung des Weiterbetriebs ihrer am Standort • Hamburg belegenen Spielhallen zu ergreifen.

Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht u.a. ausgeführt: Die Antragstellerin besitze den erforderlichen Anordnungsanspruch. Sie besitze ein Recht, an einem chancengleich ausgestalteten und in jeder Hinsicht verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Verfahren zur Auswahl derjenigen Spielhalle, welche unter mehreren in räumlicher Nähe gelegenen Spielhallen eine Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG erhalte, teilnehmen zu können.

Die Abstandsregelung des § 2 Abs. 2 HmbSpielhG sei zwar sowohl mit Verfassungs- als auch mit Unionsrecht vereinbar. Die Regelung des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG, wonach die länger bestehende Spielhalle Vorrang habe, sei aber verfassungswidrig. Die Antragstellerin sei in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG verletzt. Daraus ergebe sich der zu sichernde Anspruch auf eine neue Entscheidung in einem nach rechtmäßigen Kriterien durchzuführenden Auswahlverfahren. Es liege ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG vor, da die Anwendung des in Rede stehenden Anciennitätsprinzips dazu führe, dass die Gruppe von Betreibern von älteren Bestandsspielhallen gegenüber der Gruppe von Betreibern von jüngeren Bestandsspielhallen evident ungleich behandelt werde. Das Abstellen allein auf das in § 9 Abs. 4 HmbSpielhG gewählte Auswahlkriterium des Alters des Spielhallenbetriebs rechtfertige die ungleiche Behandlung der Normadressaten nicht. Es fehle dem Kriterium bereits an einer inneren Rechtfertigung. Die Regelungen des HmbSpielhG beruhten auf der Erkenntnis der Sozialschädlichkeit des Spielhallenbetriebs. Daher sei nicht überzeugend, wenn der Gesetzgeber gerade den Spielhallenbetreiber durch Einräumung eines Vorrangs in der Auswahl „prämiere“, der sein Gewerbe an einem Standort ausübe, an dem das sozialschädli-

che Verhalten vergleichsweise am längsten praktiziert werde. Es bestehe auch kein sachlicher Anknüpfungspunkt für die Zuerkennung besonderen Bestands- oder Vertrauensschutzes. Das Motiv des Gesetzgebers für das Abstellen auf den älteren Standort, nämlich der Schutz familiengeführter einzelkaufmännischer Spielhallenbetriebe, sei keine überzeugende Begründung für die Zuerkennung besonderen Vertrauensschutzes. Es handle sich um eine bloße Fiktion. Solche Unternehmen stellten eher eine Ausnahme dar. Auch sei sachlich nicht zu begründen, weshalb sie derart privilegiert werden dürften. Weiter lasse sich nicht begründen, weshalb diese Privilegierung in einer relativ großen Zahl von Fällen solchen Betreibern zu Gute komme, die eine derartige Unternehmensgeschichte nicht aufwiesen.

Dem Anciennitätsprinzip fehle es an jeglicher Verbindung zu den gesetzgeberischen Zielen des HmbSpielhG sowie des GlüStV. Es sei ein formales Kriterium, welches - nicht anders als das Losverfahren - maßgeblich vom Zufall bestimmt werde. Zudem kollidiere das Anciennitätsprinzip als alleiniges Auswahlkriterium mit der grundrechtlich geschützten Position der Spielhallenbetreiber auf bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität. Diesen Aspekt habe das Bundesverfassungsgericht im Sinne eines Optimierungsanspruchs ausdrücklich hervorgehoben. Das Auswahlkriterium werde dem nicht gerecht. So könne ggf. eine Alt-Spielhalle nach verschiedenen Seiten mehr an jüngeren Standorten betriebene Spielhallen verdrängen als dies bei einem von sachlich gerechtfertigten Kriterien bestimmten Auswahlverfahren der Fall wäre.

Das Auswahlkriterium werde auch der sich aus dem Verfassungsrecht ergebenden Forderung nach einer an sachlichen Gesichtspunkten ausgerichteten Differenzierung der Auswahlentscheidungen nicht gerecht. Die Antragsgegnerin werde mit einer vergleichsweise hohen Zahl in der Auswahl konkurrierender Bewerber konfrontiert. Diese wiesen unterschiedliche ökonomische Kennziffern auf. Zudem gebe es Unterschiede in der Erfüllung der normativen Vorgaben an die Bekämpfung oder Vermeidung der Spielsucht. Daher sehe sich die Antragsgegnerin bei der zu treffenden Auswahlentscheidung einem hochkomplexen Datenbestand gegenüber. Das Bundesverfassungsgericht begründe mit den Schwierigkeiten und der Komplexität der Bewältigung der vielgestaltigen Auswahlkonstellationen anhand sachgerechter Kriterien erhebliche Abstriche an die fundamentale verfassungsrechtliche Forderung des Gesetzesvorbehalts. Gemessen daran sei es „unterkomplex“ und werde den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht, lediglich auf ein Kriterium abzustellen, das sachlich zudem fragwürdig sei. Dass das Bundesverfassungsgericht es nicht für erforderlich halte, Auswahlkriterien im Gesetz zu regeln, führe zu keiner anderen verfassungsrechtlichen Bewertung. Das HmbSpielhG gebe die Auswahl jedoch nicht den Behörden frei, sondern treffe sie - für die Behörden bindend - selbst und lediglich nach einem Kriterium.

Es sei zweifelhaft, ob mit dem Anciennitätsprinzip tatsächlich ein transparentes und gleichsam aus sich heraus plausibles Kriterium gefunden worden sei. Es sei schwierig, den ältesten Standort überhaupt stichhaltig zu ermitteln. Daher verliere dieses Kriterium in dem Maße an Plausibilität und nähere sich der Willkür an, in dem sich das Alter der konkurrierenden Spielhallenstandorte gleiche. So sei es sachlich nicht begründbar, weshalb z.B. ein Betreiber an einem Standort, an welchem im Februar 1955 ein Spielhallenbetrieb dokumentiert sei, gegenüber einem Betreiber, an dessen Standort dies erst im Jahr 1956 der Fall gewesen sei, privilegiert werden solle. Die Ungleichbehandlung werde von den Spielhallenbetreibern nicht als gerecht empfunden. Im Übrigen werde auf die hessische Praxis verwiesen, in der bestimmte unterschiedlich stark gewichtete Kriterien durch Punkte bewertet würden.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin habe das Bundesverwaltungsgericht das Alter einer Spielhalle nicht als mögliches Auswahlkriterium anerkannt. Eine Auswahl nach dem Alter der Standorte sei auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil die jüngeren Spielhallen in höherem Maße als die älteren für das Anwachsen der Gefahren des Automatenspiels verantwortlich und damit den Eingriff rechtfertigende „Störer“ seien. Soweit die Antragsgegnerin auf die in § 9 Abs. 1 Satz 1 HmbSpielhG vorgesehene Übergangsfrist für Bestandsspielhallen verweise, rechtfertige dies keine andere Bewertung. Im Übrigen könnten Übergangsfristen den Grundrechtseingriff zwar verringern; sie könnten verfassungskonforme Auswahlparameter, an denen es vorliegend fehle, aber nicht ersetzen. Auch die Härtefallregelung des § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG könne das Abstellen auf das Alter nicht rechtfertigen, da sie zeitlich beschränkt sei.

Aufgrund der Verfassungswidrigkeit der Auswahlentscheidung habe die Antragstellerin das Recht, ihre beiden Spielhallen vorläufig weiter zu betreiben. Zwar sei es verfassungsrechtlich zulässig, die Betreiber von Verbundspielhallen lediglich mit einer von ihnen vorab ausgewählten Spielhalle bei dem Auswahlverfahren zuzulassen. Dies bedürfe aber einer gesetzlichen Grundlage, die nach dem HmbSpielhG nicht bestehe. Verfassungsrechtliche Grundsätze, aus denen sich ergebe, dass zunächst zwingend je (Verbund-)Standort eine Spielhalle auszuwählen und erst anschließend eine Auswahl zwischen den Standorten zu treffen sei, bestünden nicht. Die Antragstellerin könne sich auch auf einen Anordnungsgrund stützen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragsgegnerin.

Dieser tritt die Antragstellerin entgegen.

II.

1. Mit ihrer Beschwerdebegründung, auf die gemäß § 146 Abs. 4 Sätze 3 und 6 VwGO abzustellen ist, hat die Antragsgegnerin die Entscheidung des Verwaltungsgerichts hinreichend in

Zweifel gezogen. Sie hat u.a. eingewandt, entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts sei § 9 Abs. 4 HmbSpielhG verfassungsgemäß. Bei einer Vorrangentscheidung zwischen konkurrierenden Spielhallen könnten der Grundsatz des Vertrauens- und Bestandsschutzes und das Anciennitätsprinzip nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Bundesverfassungsgerichts berücksichtigt werden. Sie verstießen nicht gegen den GlüStV. Die vom Verwaltungsgericht alternativ in Betracht gezogenen ökonomischen Kriterien oder z.B. Aspekte des Jugend- und Spielerschutzes seien für eine Auswahlentscheidung nicht praktikabel. Zudem ergebe sich unabhängig von diesen Einwänden kein Anspruch darauf, dass beide Bestandsspielhallen trotz Verstoßes gegen § 2 Abs. 2 Satz 1 HmbSpielhG ihren Betrieb vorläufig weiterführen könnten. Mit ihrem Vortrag hat die Antragsgegnerin daher die Wertung des Verwaltungsgerichts mit beachtlichen Argumenten ernstlich in Zweifel gezogen.

2. Damit ist das Beschwerdegericht verpflichtet, über die Beschwerde ohne die aus § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO folgende Beschränkung auf die Beschwerdebegründung zu entscheiden. Danach hat der zulässige Antrag der Antragstellerin auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes keinen Erfolg.

Die Antragstellerin dürfte nicht verlangen können, dass der Antragsgegnerin nach § 123 Abs. 1 VwGO aufgegeben wird, den Weiterbetrieb ihrer beiden Spielhallen am Standort • vorläufig bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptverfahrens zu dulden. Die Antragstellerin hat einen Anordnungsanspruch nicht glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 1, Abs. 3 VwGO i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO).

Das in der Hauptsache (17 K 9188/17) geltend gemachte Begehren, die Antragsgegnerin unter Aufhebung der Bescheide vom 17. Juli 2017 in Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 10. Oktober 2017 zu verpflichten, ihre Anträge auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis zum Betrieb der Spielhalle • Hamburg (Hallen 1 und 2) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden und die Erlaubnisbescheide der Antragsgegnerin vom 17. Juli 2017 und die darauf bezogenen Widerspruchsbescheide vom 10. Oktober 2017, soweit der Firma A. GmbH und der Firma F. Ca. GmbH jeweils eine Erlaubnis zum Betrieb der Spielhalle in der Hamburg und in der Hamburg erteilt wurde, aufzuheben, dürfte keinen Erfolg haben.

Die Antragstellerin hat voraussichtlich keinen nach § 123 Abs. 1 VwGO sicherungsbedürftigen Anspruch auf Erteilung jeweils einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach § 2 HmbSpielhG. Die Antragsgegnerin dürfte zu Recht davon ausgegangen sein, dass der Erteilung einer solchen Erlaubnis ein Versagungstatbestand entgegensteht.

Nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG bedarf derjenige, der eine Spielhalle oder ein ähnliches Unternehmen nach § 1 Absatz 2 betreiben will, der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Die Erlaub-

nis nach diesem Gesetz gilt zugleich als Erlaubnis nach Artikel 1 § 24 des Ersten Staatsvertrages zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 15. Dezember 2011 (HmbGVBl. 2012 S. 240). Für jeden Spielhallenstandort darf nur ein Unternehmen nach § 1 Absatz 2 zugelassen werden (Verbot von Mehrfachkonzessionen, § 2 Abs. 2 Satz 1 HmbSpielhG). Der Abstand zu weiteren Unternehmen nach § 1 Absatz 2 soll 500 m nicht unterschreiten (Satz 2). Innerhalb der in § 1 Nrn. 1 und 2 der Verordnung über Werbung mit Wechsellicht vom 28. April 1981 (HmbGVBl. S. 91) in der jeweils geltenden Fassung genannten Gebiete soll der Abstand von 100 m nicht unterschritten werden (Satz 3). Unternehmen nach § 1 Absatz 2 sollen auch nicht in räumlicher Nähe von Einrichtungen eröffnet werden, die ihrer Art nach oder tatsächlich vorwiegend von Kindern und Jugendlichen aufgesucht werden (Satz 4). Die Erlaubnis ist insbesondere zu versagen, wenn der Abstand u.a. zu weiteren Unternehmen gemäß § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG unterschritten wird (§ 2 Abs. 5 Nr. 4 HmbSpielhG), oder wenn das Unternehmen nach § 1 Absatz 2 in einem baulichen Verbund, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex, mit einem oder mehreren Unternehmen nach § 1 Absatz 2 steht (§ 2 Abs. 5 Nr. 6 HmbSpielhG).

Die Antragstellerin bedarf einer Spielhallenerlaubnis nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG. Sie betreibt Spielhallen, die bereits zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestanden und für die zum maßgeblichen Zeitpunkt Erlaubnisse nach § 33i GewO erteilt worden waren. Diese galten nach § 9 Abs. 1 Satz 1 HmbSpielhG bis zum 30. Juni 2017 als mit dem HmbSpielhG vereinbar und stellen daher Bestandsunternehmen dar (vgl. auch § 9 Abs. 6 Satz 1 HmbSpielhG). Der Weiterbetrieb ist nach Ablauf der Übergangsfrist nur mit einer (Weiterbetriebs-)Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG zulässig.

Solche Weiterbetriebserlaubnisse dürften der Antragstellerin nicht zu erteilen sein. Die Voraussetzungen für eine Versagung der Weiterbetriebserlaubnis nach § 2 Abs. 5 Nr. 4 HmbSpielhG dürften vorliegen. Die Bestandsspielhallen der Antragstellerin verstoßen gegen das Abstandsgebot des § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG (a). Sie kann nicht wegen des Alters des Standortes ihrer Spielhallen nach der für konkurrierende Bestandsspielhallen geltenden Auswahlregelung des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG den Weiterbetrieb beanspruchen (b). Die Voraussetzungen für die Gewährung des Weiterbetriebs unter Abweichung vom Abstandsgebot wegen einer unbilligen Härte nach § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG liegen nicht vor (c).

a) Dem Betrieb der Antragstellerin steht das in § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG geregelte Abstandsgebot von 500 m zwischen Spielhallen entgegen. Die Spielhallen liegen ausweislich der Messung vom 31. Januar 2017 in einem Abstand von 427 m bzw. 455 m zu den konkurrierenden Bestandsspielhallen und befinden sich außerdem in einem Gebäude.

Die Abstandsregelung des § 2 Abs. 2 HmbSpielhG ist im Fall der Antragstellerin anwendbar.

aa) § 2 Abs. 2 Sätze 1 und 2 HmbSpielhG ist verfassungsgemäß.

(1) Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 7. März 2017 (1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111, juris) festgestellt, dass das Verbot des Verbundes mehrerer Spielhallen, das Abstandsgebot und die Übergangsregelungen formell mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Dabei hat das Bundesverfassungsgericht zur formellen Verfassungsmäßigkeit des § 25 Abs. 1 und 2 GlüStV sowie zu den Mindestabstandsgeboten in § 2 Abs. 1 Satz 3 Spielhallengesetz Berlin und in § 3 Abs. 2 Nr. 2 Saarländisches Spielhallengesetz entschieden, dass diese Regelungen dem Recht der Spielhallen im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzuordnen sind und daher in die Kompetenz des Landesgesetzgebers fallen. Diesen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts folgt das Beschwerdegericht (vgl. auch OVG Hamburg, Urt. v. 7.2.2018, 4 Bf 217/17, juris Rn. 92 m.w.N.).

Die Regelung des Erlaubnisvorbehalts in § 2 Abs. 1 HmbSpielhG, § 24 Abs. 1 GlüStV verstößt auch nicht gegen Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist es den Ländern verwehrt, bei Fortbestand der bundesrechtlichen Regelung einzelne Vorschriften zu ändern; Eine Ersetzung des Bundesrechts erfordert, dass der Landesgesetzgeber die Materie, gegebenenfalls auch einen abgrenzbaren Teilbereich, in eigener Verantwortung regelt. Dabei ist er nicht gehindert, ein weitgehend mit dem bisherigen Bundesrecht gleich lautendes Landesrecht zu erlassen (BVerfG, Beschl. v. 7.10.2015, 2 BvR 568/15, juris Rn. 11; BVerfG, Urt. v. 9.6.2004, 1 BvR 636/02, juris, Rn. 103 ff.).

Da der gewerberechtliche Erlaubnistatbestand nach der früheren bundesgesetzlichen Regelungskonzeption keine den §§ 25 und 26 GlüStV vergleichbaren Abstandsgebote, Verbundverbote und Werbeeinschränkungen enthalten hat, entsteht keine unklare Mischlage, bei der eine eindeutige parlamentarische Verantwortlichkeit für die Gesamtregelung verloren ginge. Vielmehr sind die vom Landesgesetzgeber verantworteten Regelungsbereiche (§§ 24 bis 26, § 29 Abs. 4 GlüStV) und der vom Bundesgesetzgeber verantwortete Regelungsbereich (§ 33i GewO) formell klar abgegrenzt. Es wird lediglich der mit einer gewerberechtlichen Erlaubnis verbundene Freigabeeffekt bei Altspielhallen durch das Hinzutreten eines weiteren Erlaubnisvorbehalts eingeschränkt (vgl. BVerwG, Urt. v. 5.4.2017, 8 C 16.16, SächsVBI 2017, 322, juris Rn. 29).

(2) Die Bestimmungen sind auch materiell mit der Verfassung vereinbar.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind das Verbundverbot, das Abstandsgebot und die Übergangsregelungen mit Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Zur Begründung hat das Bundesverfassungsgericht insbesondere ausgeführt, dass die Regelungen in Berlin und im Saarland zum Verbundverbot und zu den Abstandsgeboten den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG an eine verfassungsrechtliche

Rechtfertigung genügen. Die Regelungen dienen mit der Vermeidung und Abwehr der vom Glücksspiel in Spielhallen ausgehenden Suchtgefahren und dem Schutz von Kindern und Jugendlichen einem besonders wichtigen Gemeinwohlziel, da Spielsucht zu schwerwiegenden Folgen für die Betroffenen, ihre Familien und die Gemeinschaft führen könne. Mit dem Verbundverbot und dem Abstandsgebot werde das Ziel der Spielsuchtbekämpfung durch eine Beschränkung des insgesamt verfügbaren Spielhallenangebots verfolgt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111, juris Rn. 131 ff.). Zweck u.a. des Abstandsgebots zu anderen Spielhallen sei die Herbeiführung einer Begrenzung der Spielhallendichte und damit eine Beschränkung des Gesamtangebots an Spielhallen. Die Einschätzungen der Gesetzgeber seien nicht offensichtlich fehlerhaft. Die Gesetzgeber hätten im Rahmen des ihnen zustehenden und nur in begrenztem Umfang überprüfbareren Einschätzungs- und Prognosespielraums auch davon ausgehen dürfen, dass das Verbundverbot und die Abstandsgebote geeignete und erforderliche Mittel zur Bekämpfung der Spielsucht darstellten. Das Verbundverbot und die Abstandsgebote seien auch angemessen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., a.a.O., juris Rn. 142, 148 ff.). Bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere der Eingriffe und dem Gewicht und der Dringlichkeit der sie rechtfertigenden Gründe wahrten die gesetzlichen Regelungen unter Berücksichtigung der weiteren einschränkenden Regelungen des Spielhallenrechts insgesamt die Grenze der Zumutbarkeit und belasteten die Betroffenen nicht übermäßig (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., a.a.O., juris Rn. 169).

Das Abstandsgebot ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch konsequent am Ziel der Spielsuchtbekämpfung ausgerichtet (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., a.a.O., juris, Rn. 141 ff.). Unterschiedliche Regelungen verschiedener Glücksspielformen sind danach zulässig, sofern der Gesetzgeber eine angemessene Suchtprävention nicht außer Acht lässt. Das Abstandsgebot bewirkt auch keine mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbare Ungleichbehandlung von Spielhallenbetreibern gegenüber den Betreibern von Spielbanken und von Gaststätten, in denen Geldspielgeräte aufgestellt sind. Die Regelungen sind konsequent und kohärent am Ziel der Spielsuchtbekämpfung ausgerichtet, auch wenn Spielhallen, Spielbanken und Gaststätten verschiedenen Regelungen unterworfen sind (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111, juris Rn. 122 ff., 141-147; BVerwG, Urte. V; 16.12.2016, 8 C 6.15, NVwZ 2017, 791, juris Nr. 51 ff. m.w.N.). Denn der Betrieb der Spielbanken und von Spielhallen sind in je eigener Weise an den in § 1 GlüStV benannten Zielen, insbesondere der Bekämpfung der Glücksspielsucht und der Begrenzung und Kanalisierung des Spieltriebs ausgerichtet. Diesen Ausführungen schließt sich das Beschwerdegericht an. Die Wertungen sind auf die Bestimmungen des HmbSpielhG - insbesondere hier das Abstandsgebot und das Verbundverbot - übertragbar (vgl. auch OVG Hamburg, Urte. v. 7.2.2018, 4 Bf 217/17, juris Rn. 98 ff., Rn. 106 ff. zur Gerätereduzierungspflicht).

bb) Das in § 2 Abs. 2 HmbSpielhG normierte Abstandsgebot verstößt auch nicht gegen unionsrechtliche Bestimmungen.

Ob der Anwendungsbereich des Art. 56 AEUV hier eröffnet ist, kann offenbleiben. Ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit ist nicht ersichtlich. Das Abstandsgebot wird auch den Anforderungen des Gerichtshofs der Europäischen Union an die staatliche Bekämpfung der Spielsucht im nicht monopolisierten Bereich gerecht.

Danach ist die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit der Unionsrechtsordnung (Art. 56, 49 AEUV) nur dann gerechtfertigt, wenn die restriktive Maßnahme einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses wie dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung (einschließlich der Bekämpfung der Spielsucht), der Betrugsverbeugung oder der Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen entspricht und geeignet ist, die Verwirklichung dieses Ziels dadurch zu gewährleisten, dass sie dazu beiträgt, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten im Glücksspiel in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen. Dies ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hier der Fall (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u. a., a.a.O., juris Rn. 124, unter Hinweis auf Rspr. des EuGH). Das Bundesverwaltungsgericht hat ebenfalls in Bezug auf das hinsichtlich der hier relevanten Regelungen inhaltlich identische Spielhallengesetz Berlin ausgeführt, dass dieses, selbst wenn unterstellt würde, dass die dortige Klägerin oder ihre Kunden durch die angegriffenen Regelungen in der Wahrnehmung einer unionsrechtlichen Grundfreiheit beschränkt würden, nicht wegen Verstoßes gegen das unionsrechtliche Kohärenzgebot unanwendbar wäre. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass die angegriffenen Beschränkungen für Spielhallen lediglich „scheinheilig“ zur Suchtbekämpfung eingeführt worden wären, tatsächlich aber einem anderen - insbesondere fiskalischen - Zweck dienten. Zu ihnen gebe es auch bereichsübergreifend keine gegenläufigen landesgesetzlichen Regelungen oder eine sie konterkarierende Politik, für die zu prüfen wäre, ob sie die Wirksamkeit der für Spielhallen geltenden Einschränkungen beeinträchtigen könnten (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.12.2016, 8 C 6.15, a.a.O., juris Rn. 84 ff.; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 17.3.2017, 1 BvR 1415/12 u.a., juris Rn. 141 ff., s.o.). Diesen rechtlichen und tatsächlichen Wertungen folgt das Beschwerdegericht. Sie lassen sich auf die Situation in Hamburg übertragen (vgl. OVG Hamburg, Urt. v. 7.2.2018, 4 Bf 217/17, juris Rn. 106 ff., 149 ff. m.w.N., zum Werbeverbot Rn. 209 f., zum behaupteten Vollzugsdefizit Rn. 114).

cc) Im Fall der Antragstellerin ist das Mindestabstandsgebot von 500 m zu beachten. Anhaltspunkte für eine atypische Lage der Spielhallen, die nach § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG eine Abweichung von dem Abstand von 500 m rechtfertigen könnte, sind nicht vorgetragen worden und auch nicht ersichtlich.

b) Der Erteilung einer Erlaubnis zum Weiterbetrieb der Spielhallen der Antragstellerin steht entgegen, dass außer ihr mehrere konkurrierende Bestandsspielhallen den Mindestabstand von 500 m nicht einhalten und den konkurrierenden Spielhallen der A. GmbH und der F. Ca. GmbH bei der Auswahl wegen des Alters der Spielhalle nach § 9 Abs. 4 HmbSpielhG Vorrang zukommt.

§ 9 Abs. 4 HmbSpielhG bestimmt:

„Wird der Mindestabstand nach § 2 Absatz 2 zwischen bestehenden Unternehmen nach § 1 Absatz 2 nicht eingehalten, hat die länger bestehende Spielhalle Vorrang, ansonsten ist die Gewerbeanmeldung maßgeblich.“

Bei der Bestimmung handelt es sich um einen Eingriff in die Berufsfreiheit im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG, da die der Auswahl dienende Anwendung der Vorschrift dazu führt, dass danach „jüngere“ Bestandsspielhallen keine Weiterbetriebserlaubnis erhalten können.

Die Auswahlregelung des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG findet hier zu Lasten der Antragstellerin Anwendung. Sie dürfte hinreichend bestimmt (aa) und auch im Übrigen verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sein (bb). Bei der Auswahl nach dem Alter des Standortes sind die Spielhallen der Antragstellerin nicht zu berücksichtigen (cc).

aa) Die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin kann sich auf gesetzliche Grundlagen stützen, die dem Bestimmtheitsgebot sowie dem Vorbehalt des Gesetzes genügen.

(1) Das Bestimmtheitsgebot stellt sicher, dass Regierung und Verwaltung im Gesetz steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfinden und dass die Richter eine wirksame Rechtskontrolle durchführen können. Ferner erlauben es Bestimmtheit und Klarheit der Norm, dass sich die betroffenen Bürger auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen können. Der Gesetzgeber ist gehalten, seine Regelungen so bestimmt zu fassen, wie dies nach der Eigenart des zu ordnenden Lebenssachverhalts mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist. Welche Anforderungen an die Bestimmtheit gesetzlicher Regelungen zu stellen sind, richtet sich auch nach der Intensität der durch die Regelung oder aufgrund der Regelung erfolgenden Grundrechtseingriffe. Es reicht aus, wenn sich im Wege der Auslegung der einschlägigen Bestimmungen mithilfe der anerkannten Auslegungsregeln feststellen lässt, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für die in der Rechtsnorm ausgesprochene Rechtsfolge vorliegen. Verbleibende Ungewissheiten dürfen nicht so weit gehen, dass die Vorhersehbarkeit und Justiziabilität des Handelns der durch die Normen ermächtigten staatlichen Stellen gefährdet ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR1314/12 u.a., NVwZ2017, 1111, juris Rn. 125).

Der Vorbehalt des Gesetzes erschöpft sich nicht in der Forderung nach einer gesetzlichen Grundlage für Grundrechtseingriffe. Er verlangt vielmehr auch, dass alle wesentlichen Fragen vom Gesetzgeber selbst entschieden und nicht anderen Normgebern überlassen werden, soweit sie gesetzlichen Regelungen zugänglich sind. Wieweit der Gesetzgeber die für den jeweils geschützten Lebensbereich wesentlichen Leitlinien selbst bestimmen muss, lässt sich dabei nur mit Blick auf den Sachbereich und die Eigenart des Regelungsgegenstandes beurteilen. Bei Auswahlentscheidungen muss der Gesetzgeber selbst die Voraussetzungen bestimmen, unter denen der Zugang zu eröffnen oder zu versagen ist, und er muss ein rechtsstaatliches Verfahren bereitstellen, in dem hierüber zu entscheiden ist. Es genügt, dass sich die erforderlichen Vorgaben mit Hilfe allgemeiner Auslegungsgrundsätze erschließen lassen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u. a., NVwZ 2027, 1111, juris Rn. 125, 182 ff. m.w.N.; OVG Bautzen, Beschl. v. 22.12.2017, 3 B 320/17, juris Rn. 11).

Diese Maßstäbe hat das Bundesverfassungsgericht im Hinblick auf notwendig werdende Auswahlentscheidungen bei Unterschreiten des Abstandsgebots (bezogen auf die maßgeblichen Regelungen in Berlin und im Saarland) konkretisiert: Fehlen Kriterien für die bei der Entscheidung über die Wiedererteilung nach Ablauf der Übergangsfrist erloschener Erlaubnisse zu treffende Auswahl zwischen bestehenden Spielhallen mit Altgenehmigungen, die zueinander den Mindestabstand von 500 m nicht einhalten, würde dies nicht gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes verstoßen. Zwar ist der Entzug der Gewerbeerlaubnis 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 abgemildert, und zwar durch die fünfjährige Übergangsfrist und die Möglichkeit einer Härtefallbefreiung bei der Entscheidung über die Wiedererteilung nach Fristablauf (vgl. zum Saarländischen Glücksspielrecht: BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., a.a.O., juris Rn. 183 m.w.N.; BayVerfGH, Entscheidung vom 28.6.2013, Vf. 10-VII-12 u.a., NVwZ 2014, S. 141, juris Rn. 88, 96; StGH Baden-Württemberg, Urt. v. 17.6.2014, 1 VB 15/13, juris Rn. 356 ff.). Zudem geht es nur um eine Überleitungsregelung für eine bestimmbar Anzahl von Bestandsspielhallen, nicht um die grundsätzliche und allgemeine Zuordnung unterschiedlicher Grundrechtspositionen für eine unbestimmte Vielzahl von zukünftigen Auswahlentscheidungen.

Der Gesetzgeber kann die Bewältigung der vielgestaltigen Auswahlkonstellationen anhand sachgerechter Kriterien den zuständigen Behörden überlassen, da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nur ein geringes Mehr an Bestimmtheit und Rechtsklarheit schaffen könnte. Auch soweit etwa in Innenstädten oder Stadtteilzentren aufgrund der dort bestehenden Gemengelage eine Vielzahl von Konkurrenzsituationen aufgelöst werden muss, erfordert der Vorbehalt des Gesetzes daher jedenfalls derzeit keine ausdrückliche gesetzgeberische Festlegung der maßgeblichen Auswahlparameter (vgl. BVerfG, a.a.O., juris Rn. 185 f.; vgl. in diesem Sinne auch BVerwG, Urt. v. 16.12.2016, 8 C 6.15, BVerwGE 157, 127, juris Rn. 56, 58).

Die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber gebietet es auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, dass sich die zuständigen Behörden eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem maßgeblichen Gebiet ermöglicht (vgl. BVerfG, a.a.O., Rn. 185).

(2) Der Eingriff in die Berufsfreiheit durch die Auswahlregelung des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG genügt diesen Maßstäben.

(a) Die Auswahlentscheidung ist im HmbSpielhG gesetzlich geregelt. Das HmbSpielhG sieht im Hinblick, auf die notwendige Auswahl zwischen denjenigen mittelbar und unmittelbar in Zusammenhang stehenden Bestandsspielhallen, die den in § 2 Abs. 2 HmbSpielHG vorgesehenen Abstand unterschreiten, eine Auswahlentscheidung vor, die sich nach dem Alter der Spielhalle, hilfsweise dem der Gewerbeanmeldung oder bei gleichem Alter der Gewerbeanmeldung nach dem Los (§ 9 Abs. 6 Satz 5 HmbSpielhG) bestimmt. Der Gesetzgeber hat damit eine eigenständige Regelung zur Auflösung der Konkurrenzlagen getroffen und davon abgesehen, die Auswahl- oder Konkurrenzentscheidung im Rahmen einer Einzelfallentscheidung über die Erteilung der Erlaubnis oder wegen des Vorliegens einer unbilligen Härte im Sinne des § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zu regeln bzw. zu treffen (vgl. dazu OVG Lüneburg, Beschl. v. 4.9.2017, 11 ME 330/17, juris Rn. 16, 17; vgl. OVG Bautzen, Beschl. v. 22.12.2017, 3 B 320/13, juris Rn. 14).

(b) Gegen die Bestimmtheit der Regelung bestehen keine Bedenken. Die Kriterien für die Auswahlentscheidung lassen sich hinreichend deutlich dem Gesetz entnehmen. Geregelt ist der Vorrang der „länger bestehenden, Spielhalle“, ansonsten der Spielhalle mit der ältesten Gewerbeanmeldung. Ist eine Klärung des Alters des Standortes wegen gleichlautender Daten nicht möglich, entscheidet das Los. Bereits dem Wortlaut lässt sich entnehmen, dass es auf das Alter des Spielhallenstandortes (bzw. der Gewerbeanmeldung) ankommt, nicht auf dasjenige der vor dem 28. Oktober 2011 erteilten Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO. Dies deckt sich mit der Gesetzesbegründung, die dem Gesetzgeber im Jahr 2012 bei der Beschlussfassung der Regelung vor Augen stand. Dort heißt es:

„Absatz 4 regelt den Bestandsschutz. Beim Bestandsschutz hat die ältere Spielhalle Vorrang. Maßgeblich ist in erster Linie die Nutzung des Standortes und nicht das Alter der Erlaubnis, weil sonst hierdurch die als Einzelkaufmann geführten Familienbetriebe einen Nachteil hätten. ... In zweiter Linie ist bei gleichem Alter, das insbesondere bei neuen Mehrfachkonzessionen sein kann, das Datum der Gewerbeanzeige bzw. ihre Nummerierung maßgeblich. ...“ (Bü-Drs. 20/5877, S. 31).

Danach kommt es darauf an, wann der Standort erstmals für stationäres Automatenglücksspiel genutzt wurde. Nach den zur Auslegung heranzuziehenden, hier dokumentierten Zielen des Gesetzgebers soll die an einem älteren Standort gelegene Spielhalle aus Gründen des Bestandsschutzes weiter betrieben werden können, wenn mehrere Bestandsspielhallen bezogen auf alle Richtungen in einem Abstand von jeweils unter 500 m bzw. 100 m gelegen sind und daher eine Auswahlentscheidung erforderlich ist. Die Entscheidung, welche dieser Spielhallen weiter bestehen bleibt, bestimmt sich nach der Systematik der Regelung des § 9 Abs. 1, 4 HmbSpielhG zunächst danach, welcher Spielhallenstandort der älteste ist. Bestandsspielhallen, die nicht nach § 9 Abs. 4 HmbSpielhG als ältere Spielhalle fortgeführt werden können, kann dennoch bei Vorliegen der Voraussetzungen eine Weiterbetriebserlaubnis für eine angemessene Zeitdauer aufgrund der Härteregelung des § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG erteilt werden.

bb) Die Regelung dürfte, soweit sie eine Differenzierung nach dem Alter des Standortes bzw. der Gewerbeanmeldung vornimmt, nach Art. 12 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

(1) Berufsregelungen müssen nicht nur den Anforderungen genügen, die sich unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG ergeben, sie müssen vielmehr auch sonst in jeder Hinsicht verfassungsgemäß sein und insbesondere den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG beachten. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln. Dabei verwehrt Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die dem Differenzierungsziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind (st.Rspr., vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.7.2010, 1 BvR 611/07, 1 BvR 2464/07, BVerfGE 126, 400, juris Rn. 83; BVerfG, Beschl. v. 21.6.2011, 1 BvR 2035/07, BVerfGE 129, 49, juris Rn. 64). Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab (vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.6.2011, 1 BvR 2035/07, NVwZ 2011, S. 1316, juris Rn. 65 m.w.N.). Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich insbesondere aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben (vgl. BVerfG, Beschl. v. 21.6.2011, a.a.O.). Denn dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers sind umso engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten, zu denen auch die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte freie Berufsausübung zählt, nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.1.2012, 1 BvL 21/11, BVerfGE 130, 131, juris Rn. 41, Urt. v. 30.7.2008, 1 BvR 3262/07 u.a., BVerfGE 121, 317, juris Rn. 150 m.w.N.).

Die Ungleichbehandlung muss sachlich gerechtfertigt sein. Erforderlich dafür ist ein hinreichend gewichtiger Grund für die Differenzierung. Zwar ist es grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpft, die er also im Rechtssinn als gleich oder ungleich ansehen will. Der Gesetzgeber muss allerdings

eine Auswahl sachgerecht treffen. Der Gleichheitssatz ist im Hinblick auf die Auswahl der unter verschiedene Übergangsfristen fallenden Personengruppen oder Sachverhalte verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder anderweitig einleuchtender Grund für die vom Gesetzgeber vorgenommene Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt (vgl. zum Maßstab der Ungleichbehandlung: BVerfG, Beschl. v. 29.9.2010, 1 BvR 1789/10, juris 27 m.w.N; Urt. v. 30.7. 2008, 1 BvR 3262/07 u.a., BVerfGE 121, 317, juris Rn. 151).

Wie oben bereits ausgeführt, ist die Schwere des durch die Ungleichbehandlung von Bestandsspielhallen nach Ablauf der Übergangsfrist eintretenden Eingriffs in die Berufsfreiheit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits in zweifacher Hinsicht durch die fünfjährige Übergangsfrist und die Möglichkeit einer Härtefallbefreiung nach § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG abgemildert. Auch betrifft die Auswahl nur eine kleine Gruppe von Betreibern (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., a.a.O., Rn. 183).

Für die Frage, ob nach dem oben dargestellten Maßstab eine Ungleichbehandlung von Alt- bzw. Bestandsspielhallenbetrieben nach ihrem Alter sachlich gerechtfertigt ist, kommt es nicht (allein) auf die Erwägungen des Gesetzgebers an. Für die verfassungsrechtliche Prüfung ist nicht ausschlaggebend, ob die maßgeblichen Gründe für die gesetzliche Neuregelung im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich als solche genannt wurden oder gar den Gesetzesmaterialien zu entnehmen sind. Nicht die subjektive Willkür des Gesetzgebers führt zur Feststellung eines Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, sondern die objektive Unangemessenheit der Norm im Verhältnis zu der tatsächlichen Situation, die sie regeln soll (vgl. BVerfG, Beschl. v. 24.1.2012, 1 BvL 21/11; BVerfGE 130, 131, juris Rn. 47 m.w.N.).

(2) Nach diesem Maßstab fehlt es nicht an hinreichenden und nachvollziehbaren Gründen für eine Auswahl nach dem Alter des Spielhallenstandortes bzw. der Gewerbebeanmeldung.

Es spricht nichts dagegen, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Auswahlentscheidung u.a. dem Motiv der Fortsetzung des Bestands- und Vertrauensschutzes den Vorzug gab. Bei diesem Kriterium handelt es sich nicht um ein sachwidriges Kriterium.

§ 9 Abs. 4 HmbSpielhG ist nach dem Willen des Gesetzgebers als Bestands- bzw. Vertrauensschutzregelung ausgestaltet, die in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht an § 9 Abs. 1 Sätze 1, 2 und 4 HmbSpielhG anknüpft. Dies ist nicht zu beanstanden. Es fehlt nicht an einer Konnexität zwischen dem GlüStV bzw. dem HmbSpielhG und dem Auswahlkriterium.

Nach § 9 Abs. 1 HmbSpielhG gelten Unternehmen nach § 1 Abs. 2, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes bestehen und für die bis zum 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt worden ist, deren Geltungsdauer nicht vor dem 30. Juni 2017 endet,

bis zum 30. Juni 2017 als mit diesem Gesetz vereinbar. Spielhallen, für die nach dem 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis erteilt worden ist, gelten bis zum Ablauf des 30. Juni 2013 als mit diesem Gesetz vereinbar. Die für die Erlaubniserteilung zuständige Behörde kann nach Ablauf des in § 9 Abs. 1 Satz 1 oder 2 HmbSpielhG bestimmten Zeitraums eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen dieses Gesetzes für einen angemessenen Zeitraum zulassen, soweit dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist; hierbei sind der Zeitpunkt der Erlaubnis gemäß § 33i GewO sowie der Schutzzweck dieses Gesetzes zu berücksichtigen (§ 9 Abs. 1 Satz 4 HmbSpielhG).

Wie diese Regelung, die § 29 Abs. 4 Sätze 2-4 GlüStV ausgestaltet, sowohl nach ihrem Wortlaut als auch nach der Systematik und Zweckrichtung ausweist, hat der Gesetzgeber den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine dem Vertrauen der Betreiber in das Fortbestehen ihrer Rechtsposition im Hinblick auf die Restriktionen des neuen Spielhallenrechts, gerecht werdende Regelung Rechnung getragen. Das gleiche Motiv gilt auch, soweit er für den Fall, dass Bestandsunternehmen nach Ablauf der Übergangsfristen ihren Betrieb wegen Verstoßes z.B. gegen die Abstandsregelung des HmbSpielhG nicht fortführen können, bei Vorliegen einer unbilligen Härte die Möglichkeit, eine Erlaubnis unter zeitweiser Befreiung von diesen gesetzlichen Bestimmungen zu erteilen, vorgesehen hat. Insoweit hat der Gesetzgeber die Bestimmung der Auswahlentscheidung, die bei Anwendung der Regelung des § 2 Abs. 2 HmbSpielhG nach Ablauf der Übergangsfrist in Konkurrenzsituationen notwendig wird, systematisch in die Vertrauens- und Bestandsschutzregelungen des § 9 Abs. 1 HmbSpielhG eingefügt.

Damit hat er nicht gegen die Grundsätze des GlüStV verstoßen. Die Vertrauens- und Bestandsschutzregelungen sowohl des GlüStV als auch des HmbSpielhG, an die das Auswahlkriterium anknüpft, sind nicht deshalb sachfremd, weil sie keine Gründe für den Fortbestand einer Spielhalle darstellen, die an § 1 GlüStV und damit an den Belangen der Spielsuchtprävention und des Spielerschutzes orientiert sind. Sie tragen der Tatsache Rechnung, dass die notwendige vollständige Anpassung aller Altbetriebe an die den Gemeinwohlzielen dienenden, deutlich strengeren Regelungen des neuen Spielhallenrechts zu massiven wirtschaftlichen Auswirkungen für diese Betriebe führen kann (vgl. Bü-Drs. 20/5877, S. 31). Diese Belange hatte der Gesetzgeber zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in das Berufsrecht abzuwägen und in einen Ausgleich zu bringen. Er hat deshalb u.a. Übergangsregelungen geschaffen. Dabei ergibt sich bereits aus der Systematik des GlüStV, dass diese dem Spannungsfeld zwischen dem Erreichen der Ziele des § 1 GlüStV, einerseits in erster Linie und schnellstmöglich den Jugend- und Spielerschutz zu fördern und die negativen Folgen des Glücksspiels zu kanalisieren, und andererseits den durch Art. 12 und Art. 14 GG geschützten Interessen der Betreiber von Alt-Spielhallen Rechnung tragen müssen. Zwar wendet die Antragstellerin zu Recht ein, dass sich § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV, soweit dieser das Alterskriterium nennt, lediglich auf die Entscheidung im Härtewege bezieht. Dies hindert den Gesetzgeber

ber aber nicht, auch bei der Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Bestandsspielhallen den Aspekten des Bestands- und Vertrauensschutzes Rechnung zu tragen, die ebenfalls Regelungsinhalt des GlüStV sind (vgl. zum Gestaltungsspielraum: BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111, juris Rn. 137). Soweit die Antragstellerin einwendet, das Auswahlkriterium des Alters sei in den Zielen des § 1 GlüStV nicht erwähnt, trifft dies zu. Allerdings widerspricht § 9 Abs. 4 HmbSpielhG diesen Zielen auch nicht. Weder dem GlüStV noch dem HmbSpielhG lässt sich entnehmen, dass das Kriterium des Vertrauensschutzes mit dem Ablauf der Übergangsfristen am 30. Juni 2017 „verbraucht“ ist. Dagegen spricht bereits die (nachgelagerte) Härteregelung des § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV, § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG. Zudem widerspricht das Kriterium auch nicht deshalb den Grundsätzen des § 1 GlüStV, weil es den vom Gesetzgeber als mittelfristig zu ändernden Umstand der Häufung von Spielhallen konterkarieren würde. § 9 Abs. 4 HmbSpielhG kommt nur zur Anwendung, weil die den Zielen des § 1 GlüStV Rechnung tragenden strengen materiellen Spielerschutzvorschriften der §§ 25 und 26 GlüStV, § 2 Abs. 2 Sätze 1-3 HmbSpielhG für alle Betriebe gelten und daher an bestimmten Orten abstandsbedingte Konkurrenzlagen entstehen, die aufzulösen sind. Von der Regelung profitiert außerdem lediglich eine geringe Zahl von Bestandsspielhallen.

Dem Kriterium des Alters des Spielhallenstandortes steht auch nicht der sich aus der Gesetzesbegründung zu § 9 Abs. 4 HmbSpielhG ergebende Zweck entgegen. Wie oben dargestellt, ist nach der Gesetzesbegründung in erster Linie die Nutzung des Standortes und nicht das Alter der Erlaubnis maßgeblich; weil sonst hierdurch die als Einzelkaufmann geführten Familienbetriebe einen Nachteil hätten (vgl. Bü-Drs. 20/5877, S. 31). Diese Erwägungen weisen nicht aus, dass der Gesetzgeber einer nur „fiktiven“ Gruppe von Unternehmen besonderen Vertrauensschutz zu Lasten anderer Bestandsspielhallenbetreiber zuerkennen wollte:

Sollte der Gesetzgeber bei der Wahl des Differenzierungskriteriums von einem nicht zutreffenden Sachverhalt ausgegangen sein, weil er eine aus seiner Sicht schützenswerte und zu begünstigende Gruppe von Bestandsspielhallen in den Blick genommen hat, obwohl diese nicht existiert oder zahlenmäßig zu vernachlässigen ist, könnte dies möglicherweise zur Unzulässigkeit des Kriteriums führen. Dies ist hier indes nicht der Fall. Zwar dürften nach der in der sog. „Haufler-Liste“ (Bü-Drs. 20/3423, 20/9316) erfolgten Aufstellung der im Jahr 2012/2013 im Hamburg existierenden Spielhallenbetriebe nur wenige von Einzelkaufleuten betriebene („Familien-“) Betriebe existieren, da im Wesentlichen juristische Personen als Betreiber verzeichnet sind. Allerdings hat der Gesetzgeber, wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt, den Bestandsschutz an sich als Auswahlkriterium und außerdem nicht eine Privilegierung von inhabergeführten Familienbetrieben angestrebt. Der weiteren Begründung lässt sich entnehmen, dass der Gesetzgeber mit der Anbindung an das Alter des Standortes (und nicht der Erlaubnis) einen Nachteilsausgleich für inhabergeführte Familienbetriebe vorgesehen hat, weil diese aufgrund der personenbezogenen Erlaubnisse nach § 33i GewO bei jedem Genera-

tionswechsel eine neue Erlaubnis einholen mussten, während bei juristischen Personen bei ansonsten unverändertem Betrieb keine neue Erlaubnis benötigt wird. Der Gesetzgeber wollte folglich keine Privilegierung von von Einzelkaufleuten geführten (Familien-) Spielhallenbetrieben erreichen, sondern durch das Kriterium des Alters des Standortes (statt der Erlaubnis) die Schlechterstellung einer möglicherweise nur kleinen Gruppe verhindern. Dieses Anliegen ist nachvollziehbar und hält sich im Rahmen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums.

Die Wahl des Anciennitätskriteriums lässt auch nicht den Schluss zu, damit habe der Gesetzgeber der Sache nach an einen „baurechtlichen Bestandschutz“ angeknüpft, für den keine landesrechtliche Gesetzgebungskompetenz gegeben ist. Es besteht keine formelle Verfassungswidrigkeit des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG, weil das Bodenrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 13 GG der konkurrierenden Gesetzgebung unterliegt und bundesrechtlich geregelt ist. Das Kriterium wird nicht durch eine zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Vergangenheit bestehende formelle und materielle Baurechtmäßigkeit der Spielhalle und das darauf gegründete Vertrauen bestimmt, sondern durch die erstmalige (legale) Nutzung des Standortes als Spielhalle. Dieses Vertrauen in die gewerberechtliche Nutzbarkeit des Standortes soll unabhängig davon geschützt sein, ob zwischenzeitlich wegen Umbauten neue Baugenehmigungen erteilt wurden.

Im Übrigen ist die Frage, inwieweit von einer Regelung Betroffene auf eine bestehende Rechtslage oder bestandskräftige Rechtsposition vertrauen können und ob und welche Übergangsregelungen zur Vermeidung unverhältnismäßiger Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen verfassungsrechtlich geboten sind, nicht allein baurechtlich determiniert, sondern ein durch Art. 20 Abs. 3 GG bestimmter allgemeiner verfassungsrechtlicher Grundsatz (vgl. dazu z.B. BVerwG, Urt. v. 28.6.2012, 2 C 13.11, BVerwGE 143, 230, juris Rn. 16 zum § 48 VwVfG/Rückford. Versorgungsbezüge; Urt. v. 16.11.2000, 2 C 23.99, DVBl. 2001, 735, juris Rn. 27 ff. zur beamtenrechtl. Versorgung; Urt. v. 17.1.1980, 3 C 116.79, BVerwGE 59, 284, juris Rn. 35 ff., Beschl. v. 18.5.1982, 1 B 44.82, juris Rn. 2 zum Ausländerrecht; BAG, Urt. v. 21.12.2017, 8 AZR 102/17, juris Rn. 16 ff. zur Verwirkung; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 3.5.2018, OVG 9 N 47.17 zum Beitragsrecht; VGH München, Beschl. v. 21.3.2018, 4 ZB 17.2082 zum Friedhofsrecht).

Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob die von der Antragsgegnerin benannte, zu §§ 34, 35 BBauG und dem Gebot der Rücksichtnahme ergangene Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (Urt. v. 10.12.1982, 4 C 28.81, Buchholz 406.11 § 34 BBauG Nr. 89, juris Rn. 14), wonach sich ein Eigentümer gegen eine später heranrückende, ihn störende Bebauung/Nutzung wenden kann, mit der hier zu beurteilenden Sachlage der über Jahre erfolgten Akkumulation von Spielhallen („Las-Vegas-Effekt“) vergleichbar ist.

Offen bleiben kann auch, ob sich das Alterskriterium damit begründen lässt, dass ein polizeirechtlicher oder glücksspielrechtlicher Grundsatz besteht, wonach der Betreiber mit dem jün-

geren Standort als polizei- oder glücksspielrechtlicher Verhaltens- bzw. Zustandsstörer in stärkerem Maße zur jetzt unerwünschten Ballung von Spielhallen beigetragen hat und deshalb dem älteren weichen muss.

Die Anknüpfung an das Alter der Spielhalle und nicht an das Alter der Erlaubnis ist ebenfalls sachgerecht. Denn auch die Übergangsregelung des § 29 Abs. 4 GlüStV und § 9 Abs. 1 Sätze 1 und 2 HmbSpielhG als Vertrauensschutzbestimmungen sind nicht betreiber-, sondern spielhallenbezogen konzipiert. Bereits ihrem Wortlaut nach beziehen sich § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV, § 9 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 5 i.V.m. § 1 Abs. 2 HmbSpielhG auf eine bestehende Spielhalle (oder ein ähnliches Unternehmen). Auch im Übrigen ergibt die systematische und teleologische Auslegung der Vorschriften, dass der Bestandsschutz sich objektiv auf die Spielhalle beziehen soll, nicht aber auf betreiberbezogene Voraussetzungen (vgl. BVerwG, Urt. v. 5.4.2017, 8 C 16.16, GewArch 2017, 358, juris Rn. 42 ff.; vgl. zum Alter [der Erlaubnis] als Grundsatz des Vertrauensschutzes: OVG Bautzen, Beschl. v. 22.12.2017, 3 B 320/17, juris Rn. 13). Die Tatsache, dass Betreiber, die die Übergangsregelungen in Anspruch nehmen wollten, zugleich über eine vor dem 28. Oktober 2011 erlangte Erlaubnis verfügen mussten, weil es anderenfalls an einem legalen Betrieb fehlen würde, ändert daran nichts.

Auch im Übrigen begründet die Tatsache, dass der Gesetzgeber im HmbSpielhG für die Auswahlentscheidung auf das Alter des Standortes und nicht auf das in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV genannte Kriterium des Alters der Erlaubnis abgestellt hat, keine Sachwidrigkeit. Der Gesetzgeber war nicht gehalten, allein wegen der Regelung in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV oder sonstiger Wertungen des Glücksspielrechts bezogen auf Spielhallen auf den Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis als allein schutzwürdiges Kriterium zurückzugreifen. § 28 GlüStV ermöglicht es den Ländern, weitergehende Regelungen zu treffen. Mit § 9 Abs. 4 HmbSpielhG hat der Gesetzgeber eine eigenständige Auswahlregelung getroffen. Die Bewertung des Alters der Erlaubnis hat er der Entscheidung über eine Befreiung wegen unbilliger Härte nach § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG (vgl. auch § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV) vorbehalten.

Es ist nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber - wie dies die Stichtagsregelung und die Übergangsregelungen in § 9 Abs. 1 Sätze 1 und 2 HmbSpielhG ausweisen - davon ausgeht, dass der Betreiber einer Spielhalle, die seit langem zulässig betrieben wird, generell ein höheres Vertrauen in den Weiterbestand des Betriebes in Anspruch nehmen kann als der Inhaber einer Spielhalle, die erst kürzere Zeit betrieben wird. Sowohl im Hinblick auf wirtschaftliche als auch auf unternehmerische Entscheidungen ist es nicht zwingend oder allein sachlich geboten, auf den Zeitpunkt der dem Bestandsunternehmen zuletzt erteilten Erlaubnis als Auswahlkriterium abzustellen oder eher den „jüngeren“ Betrieb zu privilegieren, weil die Schutzbedürftigkeit mit dem Alter regelmäßig abnehme. Dies ergibt sich aus Folgendem:

Das Datum der letzten Erlaubniserteilung sagt über die generelle wirtschaftliche Schutzbedürftigkeit des Betreibers nichts aus. Bereits die Notwendigkeit der Erteilung einer gewerberechtlichen Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle war/ist von vielen unterschiedlichen - betreiber- und standortbezogenen - Kriterien abhängig. Dies können z.B. der Wechsel des Betreibers, die Änderung der Rechtsform des Betreibers, baurechtlich relevante räumliche Veränderungen der Spielhalle oder Änderungen des Zuschnitts des Angebots innerhalb der Spielhalle sein. Auch besagt das (gegenüber dem Alter des Standortes im Regelfall jüngere) Datum der Erlaubnis des aktuellen Betreibers nicht, dass generell eher schutzwürdige wirtschaftliche Investitionen in die Spielhalle erfolgt sind (die sich möglicherweise noch nicht amortisiert haben). Im Falle eines Unternehmenskaufs oder einer Neuanmietung hat der neue Betreiber typischerweise Investitionen in den Standort bzw. die einzelne Spielhalle getätigt. Gleichermaßen kann jedoch ein Betreiber einer Spielhalle mit einer seit Jahrzehnten geltenden Erlaubnis kurz vor dem Stichtag im Oktober 2011 umfangreiche Investitionen zur Modernisierung seiner Spielhalle oder zur Erhöhung der Attraktivität der Geldspielgeräte vorgenommen haben. Insoweit ist dieses Kriterium in gleicher Weise wie das Alter des Standortes von Zufälligkeiten abhängig und stellt für eine Auswahlentscheidung kein alternativloses, naheliegenderes oder wegen regelhafter Verhaltensweisen typisierbares Merkmal dar. Dass eine Auswahlentscheidung auch an Investitionen und/oder deren Amortisierbarkeit als taugliches Auswahlkriterium anknüpfen kann (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111, juris Rn. 184), stellt dies nicht in Frage.

Das Kriterium des Alters ist wegen seiner Vorhersehbarkeit und objektiven Messbarkeit ein sachgerechtes Kriteriums § 9 Abs. 4 HmbSpielhG ermöglicht der Verwaltung eine rechtssichere, zeitnah umsetzbare Auswahlentscheidung. Der Grundsatz der Rechtssicherheit stellt einen sachlichen Grund für das Auswahlkriterium dar. Zudem ist der Gesetzgeber nicht gehindert, aus Gründen der Verwaltungspraktikabilität im Rahmen seines Gestaltungsspielraums ein sachgerechtes Auswahlkriterium vorzusehen, das der Verwaltung die Bewältigung von - hier vorliegenden - schwierigen Konkurrenzsituationen möglichst effektiv, zeitnah und anwendungssicher ermöglicht (vgl. dazu BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., a.a.O., juris Rn. 185).

Die Auswahlparameter sind für die Betreiber von Bestandsspielhallen objektiv vorhersehbar und transparent. Ihnen ist es in der Regel für die unternehmerische Einschätzung, ob sie den Standort (nach Ablauf der Übergangsfristen) weiterbetreiben sollen, mit einfachen Mitteln möglich zu klären, ob sie in räumlicher Konkurrenz zu weiteren Spielhallen stehen. Die auf Grund einer parlamentarischen Anfrage des Abgeordneten Haufler erstellte „Haufler-Liste“, eine Aufstellung aller Spielhallenstandorte in Hamburg mit Informationen zu Entfernungen sowie zum Datum der ersten und aktuellen Erlaubniserteilung (Bü-Drs. 20/3423, 20/9316) ermöglicht eine mindestens ungefähre (zeitliche und räumliche) Einordnung des eigenen und - soweit noch existierend - konkurrierender Betriebe. Auch dürften die Bestandsspielhallenbe-

treiber in der Regel über Unterlagen verfügen oder ihnen dürften (über den Vermieter) Informationsquellen zur Verfügung stehen, um das Alter ihres eigenen Standortes zu ermitteln. Zwar dürfte ihnen nicht in jedem Einzelfall das genaue Alter konkurrierender Spielhallen bekannt sein. Allerdings konnten sich die Betreiber, denen das Auswahlkriterium bereits seit Inkrafttreten des Gesetzes im Jahr 2012 bekannt war, an die Antragsgegnerin wenden, um Auskünfte über das baurechtliche und gewerberechtliche Alter ihrer Spielhalle bzw. des Standortes und das Alter benachbarter Betriebe zu erhalten. Dahinstehen kann, ob den mehrheitlich in Interessenverbänden organisieren Betreibern zudem andere Informationsquellen zur Verfügung standen bzw. stehen. Jedenfalls hat die Antragsgegnerin alle eine Weiterbetriebs-erlaubnis begehrenden Betreiber von Bestandsspielhallen - wie auch die Antragstellerin für die eine Konkurrenzsituation im Sinne des § 9 Abs. 4 HmSpielhG besteht, im Verwaltungsverfahren über die Abstandsmessungen und die Ermittlungen zum Alter der eigenen und konkurrierender Spielhallen unterrichtet. Diese konnten die Messungen bzw. die Lage der Konkurrenzspielhallen überprüfen, Informationen zum Alter einholen und die eigenen Angaben ergänzen (vgl. § 3 HmbSpielhWeiterbetrErlVO).

Die Antragstellerin trägt auch nicht vor, dass bei der Bestimmung des Alters eines Standortes generell oder hier konkret Zweifel an der Klärungsfähigkeit oder an den Ermittlungen der Antragsgegnerin zu den Abständen und dem jeweiligen Alter der Spielhallen oder der Erlaubnisse bestehen könnten. Gleiches gilt, soweit die Angaben auf den Informationen der Betreiber bei Antragstellung beruhen. Die Tatsache, dass im Einzelfall Betreiber von Bestandsspielhallen Rechtsstreitigkeiten über die Frage führen, ob sie oder die ausgewählte Konkurrenzspielhalle ihren Betrieb am älteren Standort betreiben, rechtfertigt nicht die Wertung, das Alter sei generell aufwändig zu ermitteln, das Kriterium sei (für den Betreiber) nicht handhabbar oder nicht vorhersehbar und daher als Auswahlkriterium ungeeignet.

Es spricht auch nichts dagegen, dass der Gesetzgeber das Auswahlkriterium auch nach verfahrensökonomischen und Praktikabilitätsmerkmalen ausgewählt hat. Die Antragsgegnerin wurde im Dezember 2016 im Hinblick auf die zahlreichen Antragstellungen auch mit einer großen Zahl in der Auswahl konkurrierender Bewerber konfrontiert, die u.a. sehr unterschiedliche ökonomische Kennziffern aufwiesen. Gegenüber diesem komplexen Datenbestand ist das Abstellen auf lediglich ein Kriterium bei der Auswahl nicht „unterkomplex“ und daher sachwidrig. Soweit die einzelnen Betreiber unterschiedliche ökonomische Kennziffern bei Erträgen, der Zahl der Standorte, mietvertraglichen Ausgestaltungen, zur Amortisation/Abschreibung des Inventars sowie zur Zahl der Beschäftigten aufweisen, ist es nicht sachgerecht, auf diese Kriterien für die gesetzliche Regelung eines Auswahlkriteriums abzustellen. Dies gilt zunächst deshalb, weil - wie oben ausgeführt - nach dem Willen des Gesetzgebers die individuellen ökonomischen Folgen der Anpassung eines Bestandsbetriebs an die Restriktionen des neuen Spielhallenrechts für den einzelnen Betreiber nach § 9 Abs. 4 Sätze 4 und 5 HmSpielhG im Rahmen einer im Ermessen der Antragsgegnerin stehenden Einzelfallent-

scheidung zu bewerten sind und insoweit der Weiterbetrieb wegen einer unbilligen Härte erlaubt werden kann. Die Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Situation der konkurrierenden Spielhallen (z.B. Amortisation der Investitionen, rechtliche und wirtschaftliche Bindungen auf Grund von Verträgen) bei der Auswahl wäre zudem nach dem Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG kein vorrangig in Betracht zu ziehendes Unterscheidungskriterium, weil es geeignet wäre, zu einer strukturellen Benachteiligung lediglich regional tätiger kleinerer, eher wirtschaftlich schwächerer Spielhallenunternehmen zu führen. Wirtschaftlich stärkere Großunternehmen dürften generell zu höheren Investitionen in der Lage sein und könnten ggf. regional oder standortbezogen anfallende Verluste einfacher kompensieren.

Eine Differenzierung danach, in welchem qualitativen und quantitativen Umfang Spielhallen bzw. ihre Betreiber die normativen Vorgaben an die Bekämpfung/Vermeidung der Spielsucht oder an den Spielerschutz (überobligatorisch) erfüllen und damit den Anforderungen des § 1 GlüStV ggf. in größerem Maße als Konkurrenten Rechnung tragen, liegt als sachgerechtes Kriterium für eine gesetzliche Auswahlregelung ebenfalls nicht nahe. An der Tauglichkeit multipler Faktoren fehlt es zum einen deshalb, weil eine Differenzierung oder Gewichtung im Sinne einer „Bestenauslese“ die Gruppe der in räumlicher Konkurrenz zueinander stehenden, eine (Weiterbetriebs-)Erlaubnis begehrenden Bestandsspielhallen ohne sachlichen oder rechtlichen (s.u.) Grund schlechterstellen würde als die Gruppe anderer eine Erlaubnis begehrender Bestandsspielhallenbetreiber, die wegen ihrer Lage das Abstandsgebot (zufällig) einhalten, oder als Neuantragsteller. Zum anderen dürften diese Kriterien in vielen Fällen zu lediglich marginalen Abweichungen zwischen den konkurrierenden Betrieben führen und in viel stärkerem Maße als das Alter klärungsbedürftig und streitbefangen sein. Anstrengungen „zur Bekämpfung und Vermeidung der Spielsucht“ oder „... zur Erreichung der Ziele des § 1 GlüStV“ als Kriterien stellen ausfüllungsbedürftige, unbestimmte Rechtsbegriffe dar, die anders als das Alterskriterium Raum für im Einzelnen kaum objektiv begründbare Wertungsentscheidungen lassen. Es dürfte zweifelhaft sein, nach welchem Maßstab sich diese über die Bestimmungen des HmbSpielhG hinausgehenden tatsächlichen Bemühungen bemessen könnten und wie der einzelne Spielhallenbetreiber im Verhältnis zu einem potentiellen Konkurrenten seine eigenen (überobligatorischen) personellen und spielhallenbezogenen Bemühungen bewerten und die des Konkurrenten erkennen und bemessen können soll.

Außerdem sprechen rechtliche Erwägungen dagegen, die Auswahl unter den das Abstandsgebot unterschreitenden Spielhallen danach zu treffen, ob diese sogenannte „materielle Kriterien“ der §§ 2, 4-6 HmbSpielhG in größerem Umfang oder besser als die Konkurrenten erfüllen, z.B. ob der Spielhallenunternehmer überobligatorischen Aufwand hinsichtlich des Spieler- und Jugendschutzes oder zur Reduzierung der individuellen Gefahr der einzelnen Spielhalle (z.B. Reduzierung der gesetzlich erlaubten Zahl der Geldspielgeräte, elektronische Zugangskontrollen, Erhöhung des Zugangsalters auf 21 Jahre, Teilnahme an einem Zertifizierungsverfahren; bessere Qualifizierung oder Entlohnung der Mitarbeiter) betreibt. Denn ein

Spielhallenbetreiber, der in seiner Person die zahlreichen u.a. auf die Verhinderung von Glücksspielsucht ausgerichteten gewerbe- und glückspielrechtlichen Voraussetzungen erfüllt und der eine Spielhalle betreibt, die den spielhallenrechtlichen und z.B. baurechtlichen Anforderungen nach dem HmbSpielhG genügt, ist berechtigt, eine Erlaubnis nach § 2 HmbSpielhG zu erhalten. Das von der Antragstellerin geforderte Auswahlkriterium der „Eliminierung schwarzer Schafe“ ist allein deshalb nicht sachgerecht, weil alle Betreiber mit der Antragstellung nachweisen müssen, dass sie (mit Ausnahme z.B. des Abstandsgebots) die persönlichen und sachlichen Anforderungen an den Betrieb von Spielhallen erfüllen. Eine überobligatorische Erfüllung von einzelnen Anforderungen kann im Rahmen einer Auswahlentscheidung, in der ohnehin lediglich diejenigen Spielhallenbetreiber einzubeziehen sind, die die auch für Bestandsspielhallen geltenden gesetzlichen Anforderungen erfüllen und die damit „auf einer Stufe stehen“ (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.12.2016, 8 C 6.15, BVerwGE 157, 127, juris Rn. 55; StGH Baden-Württemberg, Urt. v. 17.6.2014, 1 VB 15/13, juris Rn. 339; OVG Bautzen, Beschl. v. 22.12.2017, 3 B 320/17, juris Rn. 18), nicht verlangt werden. Denn der Spielhallenbetreiber hat, da diesbezügliche gesetzliche („Bonus“-) Bestimmungen im HmbSpielhG fehlen, u.a. das Recht, die gesetzlich zulässige Zahl an Geldspielgeräten voll auszuschöpfen. Die bevorzugte Auswahl zertifizierter Spielhallen kommt auch mangels staatlich anerkannter Zertifizierungsverfahren nicht in Betracht (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.12.2016, 8 C 6.15, a.a.O., juris Rn. 55). Daraus folgt, dass es nicht sachwidrig ist, wenn bei der Auswahl diejenigen Spielhallen gleich behandelt werden, die die betreiber- bzw. spielhallenbezogenen gesetzlichen Voraussetzungen an den Betrieb erfüllen. In diesem Zusammenhang kann dahinstehen, ob solche Aspekte in den Fällen, in denen das jeweilige Landesrecht weder eine gesetzliche Regelung für eine Auswahlentscheidung noch für die Anforderungen an eine Fortführung des Betriebes wegen des Vorliegens einer unbilligen Härte im Sinne des § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV getroffen hat oder eine (Abwägungs-)Entscheidung (nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV) vorsieht, bei der Entscheidung über den Fortbetrieb berücksichtigt werden können oder müssen (vgl. dazu OVG Bautzen, Beschl. v. 3.1.2018, 3 B 315/18, juris Rn. 11 ff.; Beschl. v. 22.12.2017, 3 B 320/17, juris Rn. 13 f.; OVG Lüneburg, Beschl. v. 4.9.2017, 11 ME 330/17, juris Rn. 16 ff.). Gleiches gilt, soweit die dortigen zuständigen Behörden im Rahmen von Verwaltungsvorschriften Auswahlkriterien im Rahmen eines „Punktesystems“ bewerten (vgl. zum „Wägungsschema“: VG Darmstadt, Beschl. v. 17.7.2017, 3 L 3491/17.DA, juris Rn.17).

Der Regelung des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG fehlt es auch nicht an einer hinreichenden Bestimmtheit oder an einer sachlichen Rechtfertigung, weil das Anciennitätskriterium im Wesentlichen wie ein Los vom Zufall bestimmt wird (vgl. zur fehlenden gesetzlichen Grundlage einer Auswahl durch Los: OVG Lüneburg, Beschl. v. 4.9.2017, 11 ME 330/17, NVwZ 2017, 1552, juris Rn. 11 ff., 19). Dieses Kriterium kommt nach dem HmbSpielhG nur zwischen denjenigen Spielhallen bei der Auswahl zur Anwendung, die hinsichtlich der für die Eindämmung der Suchtgefahr relevanten inhaltlichen Kriterien bereits auf einer Stufe stehen und

alle weiteren Auswahlmerkmale gleichermaßen erfüllen (vgl. dazu BVerwG, Urt. v. 16.12.2016, 8 C 6.15, a.a.O., juris Rn. 55).

Das Anciennitätskriterium ist auch nicht deshalb mit einer Auslosung vergleichbar, weil die Spielhallenbetreiber nicht chancengleich am Verfahren teilnehmen, sondern aufgrund einer zufälligen Lage in Konkurrenz mit einer älteren Spielhalle stehen und daher von vornherein keine Chance auf eine erfolgreiche Teilnahme am Auswahlverfahren haben. Die Lage eines Spielhallenstandortes ist nicht vergleichbar einem Los rein zufällig oder gar willkürlich. Die Wahl eines Standortes für die Eröffnung eines Gewerbebetriebs dieser Art beruht in der Regel auf einer bewussten Entscheidung des (zukünftigen) Betreibers. Dieser wählt, soweit er - wie bei Spielhallen - auf den direkten Kontakt mit Kunden angewiesen ist und ein Angebot für eine Freizeitgestaltung vorhält, den Standort, will er den Betrieb gewinnorientiert betreiben, in der Regel auch nach der Kundennähe, nach Kundenströmen und nach den insoweit zu erwartenden (mittel- und langfristigen) wirtschaftlichen Aussichten aus. Für die Übernahme eines eingeführten Betriebs oder die Neueröffnung eines Betriebes dürfte daher regelmäßig relevant (gewesen) sein, ob der (baurechtlich zulässige) Standort eingeführt ist, von gewachsenen Spielhallen- oder Entertainmentstrukturen profitieren kann (Nähe zu anderen Sport- oder Vergnügungsangeboten) und/oder ob die städtebauliche Umgebung oder die Lage an bestimmten spezifischen Orten (Innenstadt, Nachbarschaft mit Vergnügungsbetrieben, Cafés, Restaurants, Nähe zu Arbeitsstätten oder Lage in Wohngebieten) Kunden erwarten lässt. Die Entscheidung für den Betrieb einer Spielhalle u.a. an einem eingeführten Standort oder in dessen Nähe dürfte sich daher im Falle eines Unternehmenskaufs oder einer Neuanmietung von Gewerberäumen u.a. auf den Kaufpreis oder die Höhe des Mietzinses auswirken.

Das Anciennitätskriterium ist auch nicht deshalb ungeeignet, weil es ähnlich einem Losverfahren mit dem Alter der Spielhalle an einen Sachverhalt anknüpft, der sich für den Betreiber als willkürlich und intransparent darstellt. Insoweit verweist das Verwaltungsgericht zwar zu Recht darauf, dass die Auswahl der Spielhallen nach dem Alter dazu führen kann, dass der „Altersunterschied“ lediglich wenige Monate oder, auch nur Tage, bei dem Kriterium der Gewerbebeanmeldung unter Umständen nur wenige Stunden betragen kann. Diese Tatsache ist einem „stichtagsgebundenen“ Kriterium vergleichbar und als „Härte“ nicht sachwidrig. Es ist dem Gesetzgeber nach Art. 12 Abs. 1 i.V.m. 3 Abs. 1 GG nicht verwehrt, zur Regelung bestimmter Lebenssachverhalte Stichtage oder ähnliche Merkmale einzuführen. Er muss allerdings im Rahmen des ihm zustehenden Gestaltungsspielraums die für die zeitliche Anknüpfung in Betracht kommenden Tatsachen hinreichend würdigen und prüfen, ob sich die gewählte Lösung im Hinblick auf den gegebenen Sachverhalt und das System der Gesamtregelung rechtfertigen lässt und nicht willkürlich erscheint (vgl. BVerwG, Urt. v. 28.3.1996, 7 C 28.95, BVerwGE 101, 39, juris Rn. 15). Dass mit einer Stich(tags)regelung unvermeidlich gewisse Härten einhergehen, wenn diese sachlich gerechtfertigt sind, begegnet im Hinblick auf den Grundsatz auf Gleichbehandlung aus Art. 3 Abs. 1 GG keinen Bedenken (vgl.

BVerfG, Beschl. V; 10.1.2000, 1 BvR 1398/99, juris Rn. 25; BVerwG, Beschl. v. 24.4.2013, 8 B 81.12, juris Rn. 5). Diese Wertung lässt sich auf das Alter des Standortes als „begrenzendes“ Merkmal übertragen. Jeder zeitbezogenen Grenze oder Bildung von Gruppen ist ein gewisses Maß an Zufälligkeit immanent, das allein deshalb nicht zur Sachwidrigkeit führt. Gleiches würde im Übrigen auch für die von der Antragstellerin genannten Kriterien wie z.B. das Alter der Erlaubnis oder die Höhe der Investitionen gelten.

Das Auswahlkriterium des Alters ist auch nicht deshalb als Differenzierungsmerkmal sachwidrig, weil es dem verfassungsrechtlichen Anspruch der Spielhallenbetreiber auf die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität widerspricht. Wie oben bereits ausgeführt, hat das Bundesverfassungsgericht im Beschluss vom 7. März 2017 (1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111, juris Rn. 185) bestimmt, es gebiete die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Position 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 ermögliche. Diese Ausführungen sind im Hinblick auf die zur Überprüfung stehende Regelung des § 7 Berliner Mindestabstandsumsetzungsgesetz (vom 22.3.2016 – MindAbstUmsG -) ergangen. Dahinstehen kann, ob das Verständnis der Antragsgegnerin zutrifft, bei diesen Ausführungen handele es sich lediglich um ein obiter dictum. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts beziehen sich allerdings auf mit dem HmbSpielhG nicht völlig übereinstimmende Regelungen zur Ermittlung und Bemessung der Abstände (§ 6 Abs. 1 und 2 MindAbstUmsG), auf bestimmte Konkurrenzlagen, auf die Standortkapazität „in dem relevanten Gebiet“ und eine zu verwendende Software zur (optimierten) Ermittlung der Konkurrenzlagen (§ 7 Abs. 1 und 2 MindAbstUmsG). Sie rechtfertigen daher nicht ohne weitere vergleichende Betrachtungen den Schluss, die Auswahl der Entscheidungsparameter anhand anderer sachgerechter Kriterien als den im MindAbstUmsG genannten entspreche nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die bestmögliche Ausschöpfung der Standortkapazität. Dem Vorbringen der Antragstellerin lässt sich nichts dafür entnehmen, dass bei der Anwendung des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG die denkbare Höchstzahl an Spielhallenerlaubnissen bei Anwendung des § 2 Abs. 2 HmbSpielhG innerhalb eines „Spielhallenclusters“ gegenüber einer Bemessung entsprechend der Berliner Methode unterschritten wird und dass nach dieser (oder einer anderen) Auswahlmethode im Einzelfall oder bezogen auf vergleichbare (auch bezirksübergreifende) Räume, in denen Konkurrenzlagen entstanden sind, voraussichtlich eine höhere Zahl von Bestandsspielhallen den Betrieb weiterführen könnte. Ihre Behauptung, bei einer Auswahl gemessen am Maßstab des Bundesverfassungsgerichts sei im relevanten Bereich eine weitere Erlaubnis zu erteilen, wird durch nichts belegt. Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob es bereits den auf die Reduzierung von Anreizen zum Automaten- glücksspiel ausgerichteten Zwecken der §§ 1, 25, 26, 28 und 29 GlüStV widerspricht, bei einer Auswahl zwischen konkurrierenden Spielhallen Verfahren oder Kriterien zur Anwendung

zu bringen, die es; einer möglichst großen Zahl von Bestandsspielhallen ermöglichen, ihren Betrieb fortzuführen.

cc) Findet die Regelung des § 9 Abs. 4 HmbSpielhG Anwendung, kann die Antragstellerin danach keine Weiterbetriebserlaubnis verlangen. Ihre Spielhallen stellen sich im Verhältnis zu den konkurrierenden Spielhallen der A. GmbH und der F. Ca. GmbH als jüngere Spielhallen dar. Sie liegen ausweislich der Messung vom 31. Januar 2017 in einem Abstand von 427 m bzw. 455 m und unterschreiten damit den Abstand nach § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG. Die konkurrierenden Spielhallenstandorte bestehen seit 1975 und 1982, der der Antragstellerin seit dem Jahr 1988. Auf die Lage der konkurrierenden Spielhallen, die jeweilige Entfernung und das Alter der Standorte hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 16. Mai 2017 hingewiesen und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Die Antragstellerin hat sich zu den von der Antragsgegnerin ermittelten Entfernungswerten und standortbezogenen Daten nicht geäußert.

c) Die Antragstellerin kann auch nicht die vorläufige Duldung ihrer Spielhallen deshalb verlangen, weil ihr voraussichtlich eine Weiterbetriebserlaubnis nach § 2 Abs. 1 HmbSpielhG im Wege der Befreiung von der Einhaltung des Abstandsgebots nach § 9 Abs. 4 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG zu erteilen sein wird.

Nach § 9 Abs. 1 Satz 4 HmbSpielhG kann die für die Erlaubniserteilung zuständige Behörde nach Ablauf des in § 9 Abs. 1 Satz 1 oder 2 HmbSpielhG bestimmten Zeitraums eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen dieses Gesetzes über einen angemessenen Zeitraum zulassen, soweit dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist; hierbei sind der Zeitpunkt der Erlaubnis gemäß § 33i GewO sowie der Schutzzweck des HmbSpielhG zu berücksichtigen.

Die Antragstellerin hat im vorliegenden Fall nicht glaubhaft gemacht, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung von den Anforderungen des § 2 Abs. 2 Satz 2 HmbSpielhG für die beiden von ihr betriebenen Spielhallen am Standort • Hamburg, vorliegen. Die Antragstellerin hat bereits eine Tatbestandsvoraussetzung des § 9 Abs. 4 Satz 4 HmbSpielhG, das Vorliegen einer „unbilligen Härte“, nicht glaubhaft gemacht.

Nach § 9 Abs. 1 Satz 5 HmbSpielhG kann eine unbillige Härte insbesondere dann vorliegen, wenn eine Anpassung des Betriebes an die Anforderungen dieses Gesetzes aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich oder mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar ist. § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG stellt nicht lediglich ergänzend zu den Übergangsregelungen ein Instrument dar, um den Vertrauens- und Bestandsschutzinteressen des Betroffenen generell Rechnung zu tragen und/oder allgemein wirtschaftliche Härten der Neuregelung des Spielhallenrechts abzumildern. Für die Erteilung einer Befreiung kommt es

nach Sinn und Zweck der Regelung darauf an, ob diese im konkreten Fall zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Berufsausübung erforderlich ist (vgl. OVG Hamburg, Beschl. v. 21.1.2016, 4 Bs 90/15, juris Rn. 45).

Härten, die dem Gesetzeszweck entsprechen und die der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung eines Tatbestandes bewusst in Kauf genommen hat, können eine Befreiung aus Billigkeitsgründen nicht rechtfertigen (vgl. zu §§ 163, 227 AO: BVerfG, Beschl. v. 28.2.2017, 1 BvR 1103/15, juris Rn. 12). Ebenso wenig vermögen typische, den gesetzgeberischen Vorstellungen von einer gesetzlichen Regelung entsprechende Folgen eine sachliche Unbilligkeit zu begründen (vgl. zu § 227 AO: BVerfG, Beschl. v. 3.9.2009, 1 BvR 2539/07, NVwZ 2010, 902, juris Rn. 30 ff.). Ziel der Neuregelungen im GlüStV und im HmbSpielhG ist es, das - im früheren GlüStV zunächst nicht erfasste - gewerbliche Automatenpiel wegen seines hohen Suchtpotenzials und der zu verzeichnenden expansiven Entwicklung zusätzlichen Beschränkungen zu unterwerfen, um die Zahl der Spielhallen zu begrenzen und den Spieler- und Jugendschutz zu gewährleisten (vgl. auch Bü-Drs. 20/5677, S. 24 ff.) - Die Abstandsregelung zwischen Spielhallen (§ 2 Abs. 2 Sätze 1-3, Abs. 5 Nr. 4 und 6 HmbSpielhG) dient der Vermeidung von Mehrfachkonzessionen bzw. der lokalen Häufung von Spielhallen. Die in § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG, § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV vorgesehene Übergangsfrist von fünf Jahren für bestandsgeschützte Spielhallen soll den Vertrauens- und Bestandsschutzinteressen der Betreiber in Abwägung mit den in §§ 24 und 25 GlüStV verfolgten Allgemeinwohlzielen angemessen Rechnung tragen.

Daraus folgt, dass wirtschaftliche Einbußen und sonstige Belastungen, die mit der Schließung von Spielhallen verbunden sind, regelmäßig keine Härte begründen können. Sie folgen aus dem Gesetzeszweck, das Spielhallenangebot zur Spielsuchtbekämpfung einschneidend zu verringern. Eine verlustfreie Abwicklung ihrer zu schließenden Spielhallen können die Spielhallenbetreiber nicht verlangen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., NVwZ 2017, 1111, juris Rn. 189, 193). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts trägt eine fünfjährige Übergangsfrist dem Interesse der Betreiber, eine Amortisierung der in die Spielhallen getätigten Investitionen zu erreichen und dabei einen angemessenen Gewinn zu erwirtschaften, ausreichend Rechnung. Investitionen, die nach dem 28. Oktober 2011 getätigt wurden, sind von vornherein nicht berücksichtigungsfähig, es sei denn, sie waren darauf ausgelegt, einen gesetzeskonformen Spielhallenbetrieb während der Übergangsfrist zu gewährleisten. Spätestens seit diesem in § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV, § 9 Abs. 1 Satz 1 HmbSpielhG genannten Stichtag mussten sich Spielhallenbetreiber auf zu erwartende Schließungen einstellen und durften daher nicht darauf vertrauen, ihre Spielhallen nach Ablauf des gesetzlich festgelegten Übergangszeitraums weiterbetreiben zu können (vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.11.2017, 11 ME 461/17, juris Rn. 22 ff.; OVG Bautzen, Beschl. v. 5.1.2018, 3 B 315/17, juris Rn. 14 ff.; Beschl. v. 7.12.2017, 3 B 303/17, juris Rn. 18 ff.; OVG Weimar, Beschl. v. 23.3.2018, 3 EO 640/17, juris Rn. 36 ff.). § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG ver-

langt daher den Nachweis, dass ein Betreiber zunächst die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten - wie z.B. vertragliche Anpassungen, Nutzungsänderungen, Verkauf von Gegenständen - während der Übergangsfrist nutzt, damit der Betrieb danach den strengeren materiellen Anforderungen des HmbSpielhG entspricht. Erst wenn dies (teilweise) erfolglos bleiben sollte oder wenn selbst nach dem Verstreichen der Übergangsfrist der Betreiber seinen Betrieb an die Neuregelungen nur mit der Folge anpassen könnte, dass die Betriebsführung zu wirtschaftlichen Verlusten führt (vgl. zu nicht dargelegten wirtschaftlichen Verlusten: OVG Hamburg, Beschl. v. 21.1.2016, 4 Bs 90/15, juris Rn. 45, 46 ff.), die ein Ausmaß angenommen haben, dass eine Insolvenz drohen kann (vgl. zur Existenzvernichtung: Bü- Drs. 20/5877, S. 31), kann eine unbillige Härte in Betracht kommen.

Es obliegt dem jeweiligen. Antragsteller, u.a. substantiell darzulegen, welche konkreten Schritte er in der seit dem Inkrafttreten des HmbSpielhG im Jahr 2012 laufenden Übergangsfrist bis zur voraussichtlichen Schließung des Gewerbes unternommen hat, um den Eintritt eines Härtefalles abzuwenden. Er muss u.a. glaubhaft machen, inwieweit er die Übergangszeit bis zum 1. Juli 2017 zur Anpassung des Geschäftsbetriebs an die geänderte Rechtslage (z.B. durch Vertragsänderungen, Aufhebung von Verträgen, Umnutzung oder Verlagerung des Standorts, anderweitige Nutzung von Räumlichkeiten und Betriebsmitteln) genutzt und welche konkreten Maßnahmen er unternommen hat (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., a.a.O., Rn. 190 ff.; Beschl. v. 5.8.2015, 2 BvR 2190/14, WM 2015, 1827; OVG Hamburg, Beschl. v. 21.1.2016, 4 Bs 90/15, juris Rn. 49 m.w.N.; OVG Bautzen, Beschl. v. 5.1.2018, 3 B 315/17, juris Rn. 14 ff.; Beschl. v. 1.3.2018, 3 B 5/18, juris Rn. 12 ff.; OVG Weimar, Beschl. v. 23.3.2018, 3 EO 640/17, juris Rn. 38 f.).

Nach diesem Maßstab dürfte die Antragsgegnerin in den Bescheiden vom 17. Juli 2017 und in den Widerspruchsbescheiden vom 10. Oktober 2017 zu Recht angenommen haben, dass die Antragstellerin die Voraussetzungen einer unbilligen Härte nicht glaubhaft gemacht hat. Es lässt sich den von der Antragstellerin im Antragsverfahren vorgelegten Unterlagen und ihrem Vortrag im Antrags- und im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht entnehmen, dass ihre finanzielle Gesamtsituation die Schlussfolgerung rechtfertigt, ihr drohe bezogen auf den Standort oder die Gesamtsituation des Unternehmens die Insolvenz.

Die Antragstellerin hat im erstinstanzlichen Verfahren auf ihre vor dem 28. Oktober 2011 getätigten Investitionen hingewiesen, insbesondere auf den noch bis zum 30. Juni 2018 laufenden Mietvertrag, der Mietleerstandskosten in Höhe von • Euro für beide Spielhallen erwarten lasse. Der Vermieter habe einer Vertragsauflösung nicht zugestimmt. Hinzu träten Restbuchwerte im Vertrauen auf den Fortbestand der Rechtslage vor dem 28. Oktober 2011 in Höhe von • Euro und damit je Spielhalle von • Euro. Zudem fielen Kosten für Rückbau und Räumung sowie kündigungsbedingte Abfindungszahlungen an. Die Ansicht der Antragsgegnerin im angefochtenen Bescheid, diese müssten eindeutig den Einzelspielhallen zuzuord-

nen sein, sei unerheblich, weil sämtliche Erlaubnisse abgelehnt worden seien und die Schließung des gesamten Standortes drohe. Es habe sich bei der Errichtung der Spielhallen um eine Gesamtbaumaßnahme gehandelt; Für eine Untervermietung bedürfe es ebenfalls eines umfassenden Umbaus der Räumlichkeiten. Für diese entstünden voraussichtlich Kosten in Höhe von • Euro.

Nach diesem Vortrag fehlt es hier an hinreichenden Anhaltspunkten für eine erfolglose tatsächliche oder rechtliche Anpassung des Betriebes oder für eine drohende, nicht anders abwendbare Insolvenz des gesamten Unternehmens der Antragstellerin:

Eine Anpassung des Mietverhältnisses bezogen auf den Standort • oder diesbezügliche ernstliche Bemühungen hat die Antragstellerin nicht dargelegt. Sie ist mit Wirkung vom 1. August 2007 in den ursprünglichen Mietvertrag vom 30. März 1988 eingetreten, der eine Restlaufzeit bis zum 30. Juni 2008 hatte. Am 11. Juni 2012 hat die Antragstellerin zum zweiten Mal von der Verlängerungsoption Gebrauch gemacht, sodass der Mietvertrag zum 30. Juni 2018 endete. Daraus folgt, dass die Antragstellerin den Mietvertrag nach dem Stichtag des 28. Oktober 2011 verlängert hat, obwohl sie damals nicht mehr auf den Fortbestand der Spielhallen über den 30. Juni 2017 hinaus vertrauen konnte. Weiter hat die Antragstellerin zwar darauf hingewiesen, eine Vertragskündigung habe nicht erfolgen können, da die Vermieterin einer vorzeitigen Vertragsauflösung, einer Untervermietung, Vertragsanpassung oder -aufhebung nicht zugestimmt habe (Schreiben der Vermieterin vom 19.6.2017). Damit weist sie allerdings nicht nach, dass sie darüber hinaus Maßnahmen ergriffen hat, um wegen eines (rechtlichen) Mangels der Mietsache infolge gesetzlicher oder behördlicher Beschränkungen eine ordentliche oder außerordentliche Kündigung des Mietverhältnisses zu erreichen (vgl. dazu BGH, Beschl. V. 20.11.2013, XII ZR 77/12, NZM 2014, 165, juris Rn. 20; vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 7.3.2017, 1 BvR 1314/12 u.a., a.a.O., juris Rn. 194) und dass diese keinen Erfolg hatten. Im Übrigen sind die für die Antragstellerin zu erwartenden, nach ihrem Vortrag bis zum 30. Juni 2018 noch zu leistenden Mietzahlungen in der Summe gering und deshalb nicht geeignet, einen Härtefall zu begründen. Der Betrag wird im Übrigen durch die Nutzung der Mietsache und durch die Erlöse aus dem aktuell von der Antragsgegnerin geduldeten Betrieb kompensiert.

Hinsichtlich der vorgelegten Übersicht über die Investitionen in den Standort vor dem Stichtag des 28. Oktober 2011 hat die Antragsgegnerin zu Recht darauf hingewiesen, dass die Investitionen in beide Hallen nach der AfA-Tabelle zwar nicht vollständig (Rest Euro), bis zum 31. Dezember 2017 aber bereits bis zu 80 % abgeschrieben waren. Eine erwünschte Vollamortisation der Investitionen kann im Übrigen keine unbillige Härte begründen (vgl. dazu BVerwG, Urt. V. 16.12.2016, 8 C 6.15, BVerwGE 157, 127, juris Rn. 73 ff.). Nach dem Stichtag erfolgte Investitionen sind - unabhängig von der Schutzwürdigkeit des Vertrauens in ihre Amortisierbarkeit - nach der eingereichten Übersicht bereits zu über 90 % abgeschrieben,

ihr Restwert in Höhe von • Euro dürfte bereits seiner Größenordnung nach keine Härte begründen.

Soweit die Antragstellerin die Beschäftigungsverhältnisse von sechs Mitarbeitern aufgelistet und daraus eine zu erwartende Gesamtabfindungssumme von mindestens • Euro errechnet hat, legt sie nicht dar, aus welchem Grund Abfindungen in dieser Höhe bis Ende 2017 im Fall einer Schließung des Standortes zu erwarten sind. Wie oben ausgeführt, war von der Antragstellerin zu verlangen, dass sie innerhalb der Zeitdauer der Übergangsfristen die voraussichtlich im Fall einer drohenden Schließung zu erwartenden wirtschaftlichen Verluste zu kompensieren suchte. Dafür wären im Hinblick auf die spätestens bis zum 31. Dezember 2017 notwendige Reduzierung des Personals z.B. fristgerechte Kündigungen, Vertragsaufhebungen oder -anpassungen oder der Abschluss von befristeten Verträgen (insbesondere hinsichtlich der seit April 2012 erfolgten Einstellungen von vier Mitarbeitern) in Betracht gekommen. Die Antragstellerin hätte folglich darstellen müssen, welche Schritte sie unternommen hat, um die Zahl der Mitarbeiter in den beiden Betrieben über einen Zeitraum von mindestens fünf Jahren fristgerecht (möglichst) ohne Abfindungsleistungen zu reduzieren. Gleiches gilt, soweit sie (anteilige) Abfindungsbeträge für „Mitarbeiter der Umlage-Kostenstellen“ in Höhe von • Euro errechnet hat.

Die geschätzten Räumungskosten in Höhe von • Euro sowie die geschätzten Kosten für den Rückbau in Höhe von • Euro sind nicht belegt. Die Antragstellerin stellt auch nicht dar, aus welchen Gründen die in der Übersicht (Stand 22.6.2017) aufgeführten Maßnahmen bezogen auf die beiden streitgegenständlichen Spielhallen in räumlicher Hinsicht (z.B. Notwendigkeit von Trockenbauarbeiten, Einbau von Ersatzkeramiken bzw. neuen Elektroinstallationen) und ihrem Umfang nach auf Grund des Mietvertrags und tatsächlich erforderlich sind. Der als „Verwertung Anlagevermögen“/„Rohertrag“ angeführte Wert von (nur) • Euro für „wiederverwertbare Einbauten“ wird nicht näher erläutert. Das EBITDA von • Euro im Fall einer Schließung des Standortes zum 1. Januar 2018 ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar belegt.

Das zu den bis zum 31. Dezember 2017 zu erwartenden Änderungen der wirtschaftlichen Lage der Antragstellerin („Planungsrechnung“) erstellte Gutachten der • vom 16. Dezember 2016 vermag die Annahme drohender Insolvenz des gesamten Unternehmens der Antragstellerin ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Es bezieht sich u.a. auf die Überprüfung der Gewinn- und Verlustrechnung der Antragstellerin auf der Basis der Planungsrechnungen bzw. der (geprüften und ungeprüften) Jahresabschlüsse aus den Jahren 2015, 2016 und 2017. Für die Planungsrechnung unterstellt es, dass voraussichtlich • Standorte der Antragstellerin geschlossen und weitere Standorte auf einen Spielbetrieb mit Geldspielgeräten (statt zuvor • Geräten) reduziert werden müssen (S. 3 des Gutachtens). Für die Ermittlung der geschätzten Aufwendungen (Anpassungsbeträge für „Drohrückstellungen“ im Fall des Mietleerstands, Rückbau-

verpflichtungen, Abfindungen sowie außerplanmäßige Abschreibungen) infolge der o.g. Schließungen und Gerätezahl Anpassungen wurden zehn Standorte (darunter Hamburg) ausgewählt (S. 8). Da die Antragstellerin auch in Hamburg diverse Spielhallen betreibt, lässt sich bereits nicht feststellen, ob sich die in dem Gutachten dargestellten Ergebnisse auf den hier streitigen Standort beziehen/übertragen lassen oder auf sämtliche in Hamburg gelegenen Spielhallen der Antragstellerin. Soweit die ausgewählten Standorte („Stichproben“) das Ergebnis belegen sollen, der Antragstellerin drohten bundesweit erhebliche, existenzgefährdende Verluste bzw. eine massive Senkung der Eigenkapitalquote, wird nicht dargelegt, worauf die Annahmen („Erfahrungswerte“) zur Zahl der zu schließenden Standorte, zur Zahl der zu reduzierenden Geldspielgeräte und zu den angenommenen Kosten der Schließung der Spielhallen / Standorte beruhen und aus welchen Gründen die nicht näher bezeichneten 15 Standorte zuzüglich der später hinzugenommenen drei Standorte (S. 8, 9) exemplarisch für die wirtschaftliche Situation der Antragstellerin sein sollen. Hinsichtlich der Annahmen für die (bundesweiten) Kosten für Abfindungen, für den Rückbau und die Räumung, für die Verlustrückstellungen für Mietverträge und für außerplanmäßige Abschreibungen (S. 9 ff.) fehlt es im Übrigen - wie oben bereits zu den standortbezogenen Angaben ausgeführt - an einer konkreten Darstellung, inwieweit die Antragstellerin als deutschlandweit tätiges Unternehmen Anstrengungen unternommen hat, während der (durch den GlüStV bundesweit weitgehend vorgegebenen) Übergangsfristen rechtliche und tatsächliche Anpassungen aller ihrer Bestandsbetriebe an die Restriktionen des neuen Spielhallenrechts vorzunehmen, und ob und in welchem Umfang das Unternehmen neue Standorte eröffnet hat oder eröffnen wird, um die zu erwartenden Verluste und Kosten für Schließungen zu kompensieren. Vor diesem Hintergrund kann dahinstehen, ob - wie es die Antragstellerin in ihrer Antragschrift vom 19. Dezember 2017 verlangt - für die Frage einer besonderen Härte im Sinne des § 9 Abs. 1 Sätze 4 und 5 HmbSpielhG allein die für den jeweiligen streitbefangenen Standort relevanten wirtschaftlichen Verhältnisse oder die des gesamten Unternehmens zu bewerten sind (vgl. zur Betrachtung des gesamten Unternehmens: OVG Lüneburg, Beschl. v. 4.4.2018, 7 ME .15/18, juris Rn. 26 f., Beschl. v. 4.9.2017, 11 ME 206/17, juris Rn. 41 ff.).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 47, 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG. Nach dem Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit (Zif. 54.1) ist für das Interesse der Antragstellerin am Weiterbetrieb ihrer Spielhallen ein Wert von 15.000,- Euro je Spielhalle im Hauptsacheverfahren anzunehmen. Dieser Wert ist im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu halbieren.

Jahns

Walter

Kränz