

VG Göttingen 1. Kammer, Urteil vom 23.08.2017, 1 A 88/17

Tatbestand

Die Beteiligten streiten um die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Spielhallenerlaubnis.

Die Klägerin, die Beigeladene und drei weitere Firmen betreiben in dem Gebäudekomplex T. in I. fünf miteinander verbundene Spielhallen. Der Abstand der Spielhallen voneinander beträgt stets unter 100 Meter.

Die Spielhallenbetreiber beantragten bei der Beklagten jeweils die Erlaubnis nach § 24 GlüStV für den Weiterbetrieb ihrer Spielhallen ab dem 1. Juli 2017. Ferner stellten sie Härtefallanträge.

Am 21. Februar 2017 wurde ein Losentscheid durchgeführt. Das Los fiel hierbei auf die Beigeladene. Dieser wurde daraufhin mit Bescheid vom 6. März 2017 eine bis zum 30. Juni 2027 befristete glücksspielrechtliche Erlaubnis erteilt. Der Bescheid wurde der Klägerin am 8. März 2017 per PZU zugestellt.

Am 6. April 2017 hat die Klägerin Klage erhoben und trägt zur Begründung vor, sie mache von der Möglichkeit der Klage vorsorglich Gebrauch, damit die der Beigeladenen erteilte Erlaubnis nicht in Bestandskraft erwachse.

Das Gericht hat das Verfahren auf Antrag der Beteiligten durch Beschluss vom 17. Mai 2017 ruhend gestellt, um den Ausgang des Erlaubnis- und Härtefallverfahrens der Klägerin abzuwarten und das Verfahren auf Antrag der Beklagten wieder aufgenommen, nachdem diese die Anträge mit Bescheid vom 20. Juni 2016 abgelehnt hatte. Eine hiergegen von der Klägerin erhobene Klage (1 A 225/17) hat die Kammer mit Urteil vom heutigen Tage abgewiesen.

Die Klägerin beantragt,

die der Beigeladenen am 6. März 2017 unter dem Aktenzeichen U.. V. durch die Beklagte erteilte glücksspielrechtliche Erlaubnis für den Betrieb einer Spielhalle im Hause T. in I. aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen

und erwidert, die Beigeladene sei im Zuge eines Losverfahrens, welches mangels anderweitiger tauglicher Sachkriterien zur Auswahl unter fünf am Ort vorhandenen Spielhallen von der Beklagten durchgeführt worden sei, ausgewählt worden. Gegen die Auswahlentscheidung zugunsten der Beigeladenen sei in rechtlicher Hinsicht nichts zu erinnern.

Die Beigeladene stellt keinen Antrag und äußert sich nicht.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf die Gerichtsakten und die beigezogenen Verwaltungsvorgänge der Beklagten Bezug genommen; sie sind Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe

Die als prozessuale Voraussetzung für die Verpflichtungsklage auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis (1 A 225/17) erforderliche Drittanfechtungsklage ist unbegründet. Die der Beigeladenen erteilte glücksspielrechtliche Erlaubnis vom 6. März 2017 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 VwGO.

Nach § 24 Abs. 1 GlüStV bedürfen die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle unbeschadet sonstiger Genehmigungserfordernisse ab dem 1. Juli 2017 einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis. Die der Klägerin bisher erteilte Erlaubnis nach § 33i GewO führt lediglich dazu, dass die Spielhalle bis zu diesem Zeitpunkt als mit den §§ 24 und 25 GlüStV vereinbar gilt (§ 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV). Verfassungsrechtliche Bedenken hiergegen bestehen auch unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes nicht, da die Erlaubnisse nach § 33i GewO und nach § 24 GlüStV nebeneinander stehen, d. h. es handelt sich um zwei eigenständige und selbständig einklagbare Genehmigungen, die zum Betrieb einer Spielhalle in Niedersachsen erforderlich sind (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7. März 2017, 1 BvR 1314/12 u.a. - juris, Rn. 188 ff.; BVerwG, Urt. v. 16. Dezember 2016, 8 C 6.15 - juris, Rn. 19, 28 ff.; BVerwG, Urt. v. 5. April 2017, 8 C 16.16 - juris, Rn. 25 ff.; Nds. OVG, Beschl. v. 7. März 2017, 11 LA 17/17 - juris, Rn. 8 m.w.N.).

Nach § 25 Abs. 1 GlüStV ist zwischen Spielhallen ein Mindestabstand einzuhalten. Gem. § 10 Abs. 2 Satz 1 und 2 NGLüSpG muss dieser in der Luftlinie mindestens 100 Meter betragen. In § 25 Abs. 2 GlüStV ist zudem die Erteilung einer Erlaubnis für eine Spielhalle, die in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen steht, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht ist, ausgeschlossen.

An der Verfassungsmäßigkeit des Glücksspielstaatsvertrages und seiner Umsetzung in niedersächsisches Landesrecht bestehen keine Zweifel. Die Regelungen des Vierten Abschnitts des Niedersächsischen Glücksspielgesetzes sind nicht wegen Verstoßes gegen Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG formell verfassungswidrig. Nach Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG gilt Bundesrecht fort, auch wenn es der Bundesgesetzgeber wegen Änderung der

Kompetenzordnung nicht mehr als Bundesrecht erlassen dürfte. Das gilt für § 33i GewO; für diese Regelung hat der Bundesgesetzgeber nach der Änderung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG und der Schaffung der Landesgesetzgebungskompetenz für das „Recht der Spielhallen“ keine Gesetzgebungskompetenz mehr. Nach Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG kann das Bundesrecht durch Landesrecht ersetzt werden. Eine bloße Änderung von Bundesrecht ist demgegenüber formell verfassungswidrig, weil hierdurch eine vom Verfassungsgeber nicht gewollte Mischlage von Bundes- und Landesrecht entstünde. Hier liegt nach Auffassung der Kammer indes weder ein Fall des Ersetzens noch des Änderns von § 33i GewO durch den Glücksspielstaatsvertrag i.V.m. § 10 NGLüSpG vor. Vielmehr ergänzt die niedersächsische Regelung zum Glücksspielstaatsvertrag für einen abgegrenzten Teil des Spielhallenrechts den (personenbezogenen) Erlaubnistatbestand des § 33i GewO um eine ausschließlich vom Landesgesetzgeber verantwortete glücksspielrechtliche (betriebsbezogene) Erlaubnisregelung (vgl. zur sächsischen Rechtslage BVerwG, Urt. v. 5. April 2017, a.a.O., Rn. 28 f.). Die Regelungen sind auch materiell verfassungsgemäß. Wegen der Gesetzgebungskompetenz der Länder für den Erlass des Glücksspielstaatsvertrages wird auf die insoweit die Kammer bindende Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (a.a.O., Rn. 97 ff.) verwiesen. Im Hinblick auf die Vereinbarkeit von §§ 24, 25 GlüStV i.V.m. § 10 NGLüSpG mit Grundrechten der Spielhallenbetreiber, insbesondere aus Art. 12 Abs. 1 GG, geht die Kammer ebenfalls von der Verfassungsmäßigkeit der Regelungen aus. Sie dienen dem Ziel der Abwehr von drängenden Gefahren für ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut und sind auch verhältnismäßig. Insbesondere sind sie angemessen und belasten die Betroffenen auch unter Berücksichtigung der mit ihnen verbundenen deutlichen Begrenzungen von Einnahmemöglichkeiten nicht übermäßig. Insoweit folgt die Kammer für die niedersächsische Rechtslage den Feststellungen des Bundesverfassungsgerichts für die vergleichbare Rechtslage in Berlin und im Saarland (a.a.O., Rn. 155 ff.).

Die Spielhallen der Klägerin und ihrer „Konkurrentinnen“, die ihrerseits Klage gegen Ablehnungsbescheide erhoben haben (1 A 222/17, 225/17 bis 1 A 227/17), befinden sich in einem Gebäudekomplex in der Straße T. in I. und sind zudem jeweils nicht mehr als 100 m voneinander entfernt. Es war daher nicht möglich, mehr als eine der betroffenen fünf Spielhallen zuzulassen. Von der Beklagten war mithin eine Auswahlentscheidung zu treffen. Die Auswahlentscheidung durch ein Losverfahren ist vorliegend nicht zu beanstanden. Hierzu bedurfte es weder einer gesetzlichen Grundlage noch einer besonderen Ausgestaltung der Durchführung.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Beschluss vom 7. März 2017 (1 BvR 1314/12 u.a.- juris Rn. 183 ff.) zu einem vergleichbaren Fall ausgeführt:

„Das Fehlen von 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 Metern nicht einhalten, im Saarländischen Spielhallengesetz verstößt nicht gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. 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 durch die Regelung im Saarländischen Spielhallengesetz abgemildert, und zwar durch die fünfjährige Übergangsfrist und die Möglichkeit einer Härtefallbefreiung bei der Entscheidung über die Wiedererteilung nach Fristablauf (vgl. § 12 Abs. 2 Satz 1 SSpielhG; BayVerfGH, Entscheidung vom 28. Juni 2013 - Vf. 10-VII- 12 u.a. -, NVwZ 2014, S. 141 <143>; OVG Niedersachsen, Beschluss vom 15. April 2014 - 7 ME 121/13 -, juris, Rn. 59; StGH Baden-Württemberg, Urteil vom 17. Juni 2014 - 1 VB 15/13 -, juris, Rn. 356 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 11. Juni 2015 - OVG 1 B 5.13 -, juris, Rn. 183; VG Bremen, Beschluss vom 2. September 2011 - 5 V 514/11 -, juris, Rn. 26). Zudem geht es nur um eine Überleitungsregelung für eine bestimmbare Anzahl von Bestandsspielhallen, nicht um die grundsätzliche und allgemeine Zuordnung unterschiedlicher Grundrechtspositionen für eine unbestimmte Vielzahl von zukünftigen Auswahlentscheidungen.

Vor diesem Hintergrund lassen sich die wesentlichen Parameter der Auswahlentscheidung in Konkurrenzsituationen zwischen Bestandsspielhallen dem Saarländischen Spielhallengesetz in hinreichendem Maße entnehmen. Insbesondere kann zur Konturierung der Auswahlkriterien zunächst auf die Regelung zur Härtefallbefreiung nach § 12 Abs. 2 SSpielhG zurückgegriffen werden, so dass im Rahmen der Auswahlentscheidung etwa auch die Amortisierbarkeit von Investitionen berücksichtigt werden kann. Auch ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung, dass bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten und in § 1 Abs. 1 SSpielhG niedergelegten Ziele zu beachten sind.

Der Gesetzgeber kann die Bewältigung der vielgestaltigen Auswahlkonstellationen anhand sachgerechter Kriterien den zuständigen Behörden überlassen, da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung soweit ersichtlich 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, etwa hinsichtlich der Frage, von welchem Fixpunkt die Auswahlentscheidung auszugehen hat. Insofern gebietet es die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht. Das gilt auch, sofern bei der erforderlichen Auswahlentscheidung zusätzlich Erlaubnisansträge neu in den Markt eintretender Bewerber einzubeziehen sind, wobei grundrechtsrelevante Vorbelastungen der Betreiber von Bestandsspielhallen zu berücksichtigen bleiben.

Soweit danach verschiedene Auswahlmöglichkeiten verbleiben, ist insofern weder ersichtlich noch von der Beschwerdeführerin zu IV) vorgetragen, dass eine gesetzgeberische Festlegung der maßgeblichen Auswahlkriterien den von den Behörden in dieser Situation vorzunehmenden komplexen Abwägungsentscheidungen besser gerecht würde. Soweit das behördliche Auswahlverfahren im Einzelfall den genannten Rahmen nicht beachtet oder sonst individuellen Rechtspositionen der Spielhallenbetreiber nicht zureichend Rechnung trägt, steht ihnen verwaltungsgerichtlicher und - gegebenenfalls nach Rechtswegerschöpfung - auch verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz offen. Zugleich bleibt es den Ländern unbenommen, im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bindungen den zuständigen Behörden selbst im Wege der Gesetz- oder Verordnungsgebung oder auch mittels Verwaltungsvorschriften detailliertere Kriterien für die Bewältigung von Konkurrenzsituationen an die Hand zu geben.

Ergeben sich dabei nach vollständiger Ausschöpfung des Sachverhalts anhand der von der Behörde zu Grunde gelegten Kriterien hinreichend gewichtige Unterschiede zwischen den Bewerbern, muss dem danach vorrangigen Spielhallenbetreiber der Vorzug eingeräumt werden. Bestehen solche hinreichend gewichtigen Unterschiede im Einzelfall indes nicht, darf nach den obigen Ausführungen mangels ausreichender Sachkriterien auf das Losverfahren zurückgegriffen werden (vgl. zur Auswahl nach § 70 Abs. 3 GewO: BVerwG, Beschlüsse v. 24. Juni 2011 und 4. Oktober 2005 a.a.O.). Für dieses spricht in diesen Fällen, dass es neben der einfachen Handhabbarkeit für die Verwaltung auch im Interesse der Bewerber eine zügige und rechtssichere Klärung der Rechtslage ermöglicht.

Keine gewichtigen Unterschiede bestehen von vornherein, wenn und soweit mehrere (Verbund-)Spielhallen eines einzigen Unternehmers betroffen sind. Naturgemäß kann in diesem Fall eine Differenzierung durch die Erlaubnisbehörde kaum vorgenommen werden. Es obliegt in diesem Fall vielmehr allein dem Betreiber dieser Spielhallen - etwa im Rahmen von Haupt- und Hilfsanträgen - selbst die Auswahlentscheidung zu treffen und anzugeben, welche der Spielhallen vorrangig weiterbetrieben werden soll. Entsprechendes gilt regelmäßig dann, wenn - wie bei der Antragstellerin - mehrere in räumlicher Nähe stehende Spielhallen verschiedenen Organgesellschaften ein und desselben Organträgers (sog. Tochtergesellschaften) zuzuordnen sind. Auch in dieser Konstellation stellen die Unternehmen eine wirtschaftliche Einheit dar; es besteht keine echte Konkurrenz. Die Auswahlentscheidung kann in aller Regel von diesen Unternehmen selbst getroffen werden.“

Nach diesen Maßstäben ist nicht erkennbar, welche der 5 Spielhallen der Vorzug für die eine Erlaubnis in dem Komplex T. in I. gegeben werden musste. Sie gehören alle zu dem gleichen Unternehmen der W. - Gruppe (B. C. X. GmbH), mit dem sie jeweils einen Gewinnabführungsvertrag abgeschlossen haben, alle verfügen über das gleiche Spielkonzept, haben von dem gleichen Vermieter die Räumlichkeiten angemietet und

nutzen das Personal gemeinsam. Auch kann sich keiner auf eine länger bestehende Erlaubnis nach § 33 i GewO berufen. Die Klägerin, ihre Konkurrentinnen bzw. ihre Muttergesellschaft haben zudem keine Auswahlkriterien genannt, weil - so auf Nachfrage des Gerichts in der mündlichen Verhandlung - „die Klägerinnen und Antragstellerinnen gleich gut“ seien. Es wäre unter diesen Umständen Sache der Klägerin oder ihrer Muttergesellschaft gewesen, der Beklagten eine Spielhalle zur Vermeidung des Losverfahrens vorzuschlagen. Das hat sie nicht getan. Deshalb ist es angesichts der identischen Ausgangspositionen nicht zu beanstanden, dass die Beklagte das Losverfahren angewendet hat. Gegen die konkrete Durchführung des Losverfahrens hat die Klägerin keine Einwände erhoben; diese sind auch nicht ersichtlich.

Somit ist die Klage mit der Kostenfolge des § 154 Abs. 1 VwGO abzuweisen. Da die Beigeladene keinen Antrag gestellt und mithin kein Kostenrisiko übernommen hat, entspricht es nicht der Billigkeit, ihre außergerichtlichen Kosten für erstattungsfähig zu erklären, § 162 Abs. 3 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 52 Abs. 2 GKG und berücksichtigt, dass die Klägerin die der Beigeladenen erteilte Genehmigung lediglich angefochten, aber keinen Verpflichtungsantrag gestellt hat, so dass hier der Auffangwert anzuwenden ist.

Die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 167 VwGO i.V.m. §§ 708 Nr. 11, 711 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Berufung durch das Verwaltungsgericht (§ 124a VwGO) liegen nicht vor.