

**1 B 248/18**  
1 L 827/18



# OBERVERWALTUNGSGERICHT DES SAARLANDES

## BESCHLUSS

In dem Verfahren

der Firma A. vertreten durch den Geschäftsführer, Herrn M. B., A-Straße, A-Stadt,

- Antragstellerin und Beschwerdeführerin -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte B., B-Straße, B-Stadt,

g e g e n

das Landesverwaltungsamt, vertreten durch seinen Leiter, Am Markt 7, 66386 St. Ingbert,

- Antrags- und Beschwerdegegner -

w e g e n Spielhallenerlaubnis (Auswahlentscheidung und Befreiung vom Abstandsgebot sowie vom Verbundverbot)

hat der 1. Senat des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes in Saarlouis durch die Vizepräsidentin des Oberverwaltungsgerichts Freichel, den Richter am Oberverwaltungsgericht Rech und den Richter am Oberverwaltungsgericht Helling

am 13. Dezember 2018 beschlossen:

Unter entsprechender Abänderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts des Saarlandes vom 31. Juli 2018 – 1 L 827/18 – wird der Antragsgegner im Wege einstweiliger Anordnung verpflichtet, den Fortbetrieb der Spielhalle – rechter Eingang, Konzession 2 – in der B... L...straße 15 in ... A-Stadt vorläufig zu dulden, bis im Auswahlverfahren betreffend die vorgenannte Spielhalle der Antragstellerin und die ca. 81 m Luftlinie entfernte Spielhalle in der B... L...straße 11 in A-Stadt unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut entschieden ist.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz tragen die Beteiligten jeweils zur Hälfte.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 15.000,00 € festgesetzt.

## Gründe

### I.

Die Antragstellerin betreibt in der B... L...straße 15 aufgrund gemäß § 33i GewO erteilter Erlaubnisse vom 16.9.2010 zwei im baulichen Verbund eingerichtete Einzelspielhallen. In der B... L...straße 11 befindet sich in einem Abstand von etwa 81 m Luftlinie eine weitere Verbundspielhalle der Firma A... GmbH.

Mit Bescheid vom 8.12.2017 erteilte der Antragsgegner der A... GmbH im Auswahlverfahren nach § 2 Abs. 1 SSpG mit Wirkung ab dem 1.7.2017 die Erlaubnis, in dem Gebäude B... L...straße 11 eine ihrer beiden im baulichen Verbund betriebenen Einzelspielhallen (Spielhalle 1, Eingang rechts) weiter zu betreiben. Der von der Antragstellerin gestellte Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis zum Weiterbetrieb ihrer beiden in der B... L...straße 15 gelegenen Einzelspielhallen (Spielhalle rechter Eingang, Konzession 2 – von der Antragstellerin als präferiert angegeben – und Spielhalle linker Eingang, Konzession 1) über den 30.6.2017 hinaus im Auswahlverfahren wurde vom Antragsgegner mit Bescheid selben Datums ebenso abgelehnt wie der weitere Antrag auf Erlaubnis zum Weiterbetrieb der beiden Einzelspielhallen für einen angemessenen Zeitraum unter Befreiung vom Verbot der Mehrfachkonzessionen sowie vom Abstandsgebot im Härtefallverfahren. Beide Bescheide sind Gegenstand der von der Antragstellerin in den Verwaltungsstreitverfahren 1 K 29/18 und 1 K 31/18 erhobenen Klagen (Verpflichtungsklage bzgl. des Ablehnungsbescheides bzw. Drittanfechtungsklage bzgl. des der Firma A... GmbH erteilten Erlaubnisbescheides).

Den Antrag der Antragstellerin, den Antragsgegner im Wege einstweiliger Anordnung zu verpflichten, den Fortbetrieb ihrer beiden Einzelspielhallen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Erlaubnisverfahrens zu dulden, hat das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 31.7.2018 – 1 L 827/18 – zurückgewiesen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin. Sie rügt zunächst, dass das Verwaltungsgericht seiner Entscheidung einen fehlerhaften Prüfungsmaßstab zugrunde gelegt habe. In der Sache macht sie geltend, das spielhallenrechtliche Erlaubnisverfahren werde den unionsrechtlichen Vorgaben an die Verfahrensgestaltung nicht gerecht. Sowohl der Erlaubnisvorbehalt als auch das Verbundverbot und die Mindestabstandsregelung seien unionsrechtswidrig und damit unanwendbar. Abgesehen von der Unvereinbarkeit der genannten Regelungen mit Unionsrecht sei die Auswahlentscheidung des Antragsgegners auch in Bezug auf die von ihm zugrunde gelegten Auswahlkriterien rechtswidrig. Rechtswidrig sei schließlich auch die auf einer zu engen Sichtweise und dementsprechend restriktiven Auslegung des Begriffs der Härte beruhende Entscheidung des Antragsgegners über die von ihr beantragten Härtefallbefreiungen.

## II.

Die am 14.8.2018 beim Verwaltungsgericht eingegangene Beschwerde gegen den im Tenor bezeichneten, der Antragstellerin am 3.8.2018 zugestellten Beschluss des Verwaltungsgerichts ist zulässig und im Umfang des Beschlusstexts teilweise begründet.

Das Vorbringen der Antragstellerin in ihrer am 31.8.2018 fristgerecht bei Gericht eingegangenen und mit Schriftsatz vom 15.10.2018 lediglich ergänzten Beschwerdebegründung, das nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO den Umfang der vom Senat vorzunehmenden Prüfung begrenzt, gibt Veranlassung, die erstinstanzliche Entscheidung abzuändern, soweit darin die Rechtmäßigkeit der im Verhältnis zwischen der Antragstellerin und der Firma A... GmbH getroffenen Auswahlentscheidung bejaht wird. Darüber hinaus hat die Beschwerde keinen Erfolg.

## 1. Gerichtlicher Prüfungsmaßstab

1.1 Die Antragstellerin rügt, dass das Verwaltungsgericht das auf eine Duldung des Weiterbetriebs ihrer Spielhallen gerichtete Antragsbegehren als auf eine Vorwegnahme der Hauptsache abzielend angesehen habe und vor diesem Hintergrund hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs davon ausgegangen sei, das Abwarten der Hauptsacheentscheidung müsse für die Antragstellerin schwere und unzumutbare, nachträglich nicht mehr zu beseitigende Nachteile zur Folge haben, weshalb es ihr nicht zumutbar sei, das Ergebnis des Hauptsacheverfahrens abzuwarten, und es müsse zusätzlich ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg der im Hauptsacheverfahren erhobenen Klage sprechen.

Dieser Maßstab werde den Besonderheiten des Verfahrens nicht gerecht. Anders als in Konstellationen, in denen ein gewerblicher Betrieb ohne die erforderliche Erlaubnis erstmals aufgenommen werden soll, gehe es fallbezogen um Bestandsspielhallen, die zunächst ordnungsgemäß mit der dafür erforderlichen Erlaubnis nach § 33i GewO betrieben worden seien und erst nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist des § 12 Abs. 1 Satz 1 SSpHhG aufgrund einer behördlichen Auswahlentscheidung keine neue Erlaubnis erhalten hätten. Hieraus resultiere eine besondere Interessenlage. Betreiber von Bestandsspielhallen hätten nach der Rechtsprechung des OVG Münster (Beschluss vom 18.7.2018 – 4 B 179/18 –, juris) ein berechtigtes Interesse daran, gegen die beanstandete Auswahlentscheidung effektiven Rechtsschutz zu erlangen, ohne bis zu einer gerichtlichen Überprüfung der Auswahlentscheidung und einer etwaigen Neuauswahl vom legalen Markt ausgeschlossen zu bleiben, während die Konkurrenten rechtmäßig weiter am Markt tätig würden und den verbleibenden Markt unter sich aufteilen könnten. Mit Rücksicht darauf, dass es ihr, der Antragstellerin, nicht um die Ermöglichung einer vorläufigen Betriebsaufnahme, sondern den Erhalt eines rechtmäßig ausgeübten Gewerbebetriebs bis zu einer Überprüfung der behördlichen Auswahlentscheidung im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens gehe, erfordere

die besondere Interessenlage in Ansehung der drohenden Existenzgefährdung einen besonders effektiven Rechtsschutz, weshalb es ausnahmsweise genügen müsse, dass der eingeklagte Anspruch mit einer „gewissen Wahrscheinlichkeit“ bestehe. Insoweit müsse gesehen werden, dass in Konstellationen wie der vorliegenden eine Hauptsacheentscheidung zu spät käme. Angesichts der zu erwartenden mehrjährigen Dauer des Hauptsacheverfahrens wären bei Fortbestehen der Kostenlast zum Erhalt des Standortes über Jahre hinweg keine Erträge zu erwirtschaften, was den im Auswahlverfahren unterlegenen Betreiber regelmäßig zur vorzeitigen Aufgabe des Standorts zwingen würde. Damit verlagerte sich der Rechtsschutz faktisch in das Eilverfahren. Vor diesem Hintergrund werde der vom Verwaltungsgericht zugrunde gelegte Prüfungsmaßstab ihrem Verfahrensgrundrecht auf effektiven Rechtsschutz nicht gerecht. Dies gelte umso mehr, als es ihr nicht um eine „echte“ Erlaubnis, sondern lediglich um eine temporäre Duldung gehe. Eine solche führe einen Zustand herbei, der für die Zukunft reversibel sei.

1.2 Dieses Vorbringen der Antragstellerin ist schon deshalb nicht geeignet, ihrer Beschwerde zum Erfolg zu verhelfen, weil es bereits im Ansatz auf einem Missverständnis der erstinstanzlichen Entscheidung beruht.

Das Verwaltungsgericht hat den mit dem Rechtsschutzziel einer bloßen Duldung gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung als zulässig, aber unbegründet angesehen und den Gründen seiner Entscheidung allgemein gehaltene, d.h. nicht den konkreten Fall der Antragstellerin betreffende Ausführungen über den im Rahmen der Entscheidung über einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung geltenden Prüfungsmaßstab vorangestellt. Im Rahmen dieser allgemeinen Ausführungen hat das Verwaltungsgericht dargelegt, dass im Regelfall ein Anordnungsanspruch gegeben ist, wenn sich bei einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage ergibt, dass das im Hauptsacheverfahren verfolgte Begehren hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, eine Vorwegnahme der Hauptsache im Regelfall unzulässig ist und die begehrte einstweilige Anordnung in einem solchen Fall mit Blick auf die in Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Garantie

effektiven Rechtsschutzes ausnahmsweise in Betracht kommt, wenn besondere weitere Voraussetzungen erfüllt sind.

Erst im Anschluss an diese allgemeinen – zutreffenden – Ausführungen zur prozessualen Rechtslage ist das Verwaltungsgericht in eine fallbezogene Prüfung eingestiegen und hat einen Anordnungsanspruch auf weitere Duldung des Betriebs der beiden Einzelspielhallen der Antragstellerin verneint, wobei es davon ausgegangen ist, dass die Entscheidung des Antragsgegners „aller Voraussicht nach“ rechtlich nicht zu beanstanden sei.<sup>1</sup>

Keiner der fallbezogenen Ausführungen des Verwaltungsgerichts in dem angefochtenen Beschluss ist zu entnehmen, dass das Verwaltungsgericht davon ausgegangen ist, mit der von der Antragstellerin begehrten Duldung sei eine Vorwegnahme der Hauptsache verbunden. Dass das Verwaltungsgericht dies eben nicht annimmt, ergibt sich unter anderem aus dem Beschluss der erkennenden Kammer vom 11.7.2018<sup>2</sup>, in dessen Gründen den fallbezogenen Ausführungen derselbe „Textbaustein“ zu dem im einstweiligen Rechtsschutzverfahren anzuwendenden Prüfungsmaßstab wie im vorliegenden Fall vorangestellt ist und im Anschluss in Bezug auf den konkreten zu entscheidenden Fall hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs unterschieden wird zwischen dem auf Erteilung einer vorläufigen Erlaubnis gerichteten Hauptantrag und dem auf eine weitere Duldung gerichteten Hilfsantrag. Während das Verwaltungsgericht den Hauptantrag als auf eine Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet angesehen hat, ist es hiervon hinsichtlich des Hilfsantrags ersichtlich nicht ausgegangen.

Diese Sichtweise des Verwaltungsgerichts ist auch zutreffend. Dem Rechtsschutzziel der Antragstellerin wird bereits dadurch genügt, dass der Antragsgegner im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet wird, den Betrieb der Spielhalle vorläufig zu dulden. Eine solche Regelungsanordnung beseitigt nicht die - formelle - Rechtswidrigkeit des Spielhallenbetriebs, gleichwohl dürfen daraus für den Spielhallenbetreiber weder während noch

---

<sup>1</sup> Seite 4, letzter Absatz, sowie Seite 13, zweiter Absatz, des Beschlusses

<sup>2</sup> VG des Saarlandes, Beschluss vom 11.7.2018 – 1 L 736/18 –, juris

nach Ablauf des gerichtlich angeordneten Duldungszeitraums negative Folgen entstehen. Hierzu gehören Bußgeld-, Straf- und Vollstreckungsmaßnahmen ebenso wie Bewertungen, welche die gewerberechtliche Zuverlässigkeit des Betreibers betreffen. Während des Geltungszeitraums der gerichtlichen Anordnung ist es unzulässig, der einstweiligen Anordnung entgegengesetzte behördliche Entscheidungen gleich welcher Art zu treffen.<sup>3</sup> Mit einer im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes erteilten vorläufigen Erlaubnis würde dagegen der Weiterbetrieb der Spielhalle legitimiert und damit die Hauptsache weitgehender als notwendig vorweggenommen. Solches ist von der Antragstellerin indes nicht beantragt.

1.3 Hiervon ausgehend ist der vom Verwaltungsgericht angewandte Prüfungsmaßstab nicht zu beanstanden.

Insbesondere rechtfertigt die von der Antragstellerin hervorgehobene „besondere Interessenlage“ – sollte das Vorbringen der Antragstellerin so zu verstehen sein – es nicht, den bei der Entscheidung über den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung allgemein geltenden Prüfungsmaßstab hinreichender Erfolgsaussichten im Sinne einer „gewissen Wahrscheinlichkeit“ weiter herabzusetzen. Die in Art. 19 Abs. 4 GG zum Ausdruck kommende Garantie effektiven Rechtsschutzes gebietet nicht, den Interessen des Spielhallenbetreibers in einem Eilrechtsschutzverfahren betreffend den vorläufigen Weiterbetrieb einer Spielhalle bis zur gerichtlichen Klärung im Hauptsacheverfahren, ob im Auswahlverfahren eine Erlaubnis oder jedenfalls eine Befreiung von dem Abstandsgebot des § 3 Abs. 2 Nr. 2 SSpielhG bzw. von dem Verbundverbot des § 3 Abs. 2 Nr. 1 SSpielhG beansprucht werden kann, grundsätzlich den Vorrang vor dem öffentlichen Vollzugsinteresse einzuräumen.

Art. 19 Abs. 4 GG stellt allerdings besondere Anforderungen an die Ausgestaltung des Eilverfahrens, wenn ohne die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare

---

<sup>3</sup> Hessischer VGH, Beschluss vom 27.9.2018 – 8 B 432/18 –, juris, Rdrrn. 19 f.

Beeinträchtigungen entstehen können, die durch das Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären.<sup>4</sup>

Wollen die Gerichte sich in solchen Fällen an den Erfolgsaussichten der Hauptsache orientieren, müssen sie die Sach- und Rechtslage nicht nur summarisch, sondern abschließend prüfen. Dies gilt insbesondere, wenn das einstweilige Rechtsschutzverfahren vollständig die Bedeutung des Hauptsacheverfahrens übernimmt und eine endgültige Verhinderung der Grundrechtsverwirklichung eines Beteiligten droht. Entschließen sich die Gerichte zu einer Entscheidung auf dieser Grundlage, so dürfen sie die Anforderungen an die Glaubhaftmachung durch den Antragsteller des Eilverfahrens nicht überspannen. Die Anforderungen haben sich vielmehr am Rechtsschutzziel zu orientieren, das der Beschwerdeführer mit seinem Begehren verfolgt. Ist dem Gericht dagegen eine vollständige Aufklärung der Sach- und Rechtslage im Eilverfahren nicht möglich, so ist anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden. Auch in diesem Fall sind die grundrechtlichen Belange des Antragstellers umfassend in die Abwägung einzustellen.<sup>5</sup> Erforderlichenfalls ist unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende besonders gewichtige Gründe entgegenstehen. Entscheidend ist, dass die Prüfung eingehend genug ist, um den Antragsteller vor erheblichen unzumutbaren, anders weder abwendbaren noch reparablen Nachteilen effektiv zu schützen.<sup>6</sup>

Angesichts der grundrechtlichen Betroffenheit der Antragstellerin in ihren durch Art. 12 und 14 GG gewährten Rechtspositionen<sup>7</sup> bedarf es im vorliegenden Eilrechtsschutzverfahren einer über eine nur summarische Prüfung hinausgehenden vertieften Prüfung der Sach- und Rechtslage. Demgemäß sind die Voraussetzungen eines Befreiungsanspruchs im Beschwerdeverfahren

<sup>4</sup> BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 12.5.2005 - 1 BvR 569/05 -, juris, Rdnrn. 24 ff.

<sup>5</sup> BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 12.5.2005, a.a.O., Rdnrn. 25 und 26 m.w.N.

<sup>6</sup> BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 12.9.2011 - 2 BvR 1206/11 -, juris Rdnr. 15; zum beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren: BVerwG, Urteil vom 4.11.2010 - 2 C 16/09 -, juris Rdnr. 32

<sup>7</sup> vgl. hierzu: BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a. –, juris, Rdnr. 183

unter Zugrundelegung des nach § 146 Abs. 4 Sätze 3 und 6 VwGO für den Umfang der Prüfung maßgeblichen Beschwerdevorbringens nicht nur summarisch, sondern - soweit möglich - abschließend zu prüfen. Soweit eine vollständige Aufklärung, insbesondere der Sachlage, mit den Erkenntnismöglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht möglich ist, ist anhand einer Folgenabwägung zu entscheiden, in die indes die grundrechtlichen Belange der Antragstellerin umfassend einzustellen sind.

Aus dem seitens der Antragstellerin zitierten Beschluss des Obergerverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen vom 18.7.2018<sup>8</sup> lässt sich eine Notwendigkeit, ihr bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren, nicht herleiten. Im Fall des Obergerverwaltungsgerichts Nordrhein-Westfalen ging es um eine im Vergleich mit dem vorliegenden Fall andere Problematik, nämlich um einstweiligen Rechtsschutz gegen eine Schließungsanordnung nach § 15 Abs. 2 GewO, die gegenüber einer im Auswahlverfahren unterlegenen Spielhalle ergangen war, ohne dass die Behörde in das ihr durch § 15 Abs. 2 GewO eröffnete Schließungsermessen eingestellt hatte, dass der betroffene Betreiber die ihm negative Auswahlentscheidung unter Beantragung einstweiligen Rechtsschutzes angegriffen hatte. Art. 19 Abs. 4 GG gebietet, dass dem im Auswahlverfahren unterlegenen Spielhallenbetreiber vor dem Vollzug der Schließungsverfügung Gelegenheit gegeben werde, die Rechtmäßigkeit der Auswahlentscheidung in einem einstweiligen Rechtsschutzverfahren einer gerichtlichen Überprüfung zu unterziehen.

Eine derartige Konstellation ist fallbezogen nicht gegeben. In Bezug auf die verfahrensgegenständliche Verbundspielhalle ist keine Schließungsverfügung ergangen und die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Antragsgegners, der etwa 81 m Luftlinie entfernten Spielhalle in der B... L...straße 11 eine Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 SSpielhG zu erteilen und den entsprechenden Erlaubnisantrag der Antragstellerin abzulehnen, ist gerade Gegenstand des vorliegenden Verfahrens um die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes.

---

<sup>8</sup> OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 18.7.2018 - 4 B 179/18 -, juris

2. Soweit die Antragstellerin geltend macht, die in der erstinstanzlichen Entscheidung angewandten spielhallenrechtlichen Regelungen (Erlaubnisvorbehalt, Abstandsgebot und Verbundverbot) seien mit Unionsrecht nicht vereinbar, kann dem nicht gefolgt werden.

2.1 Dass sogenannte Bestandsspielhallen nach Ablauf der ihnen durch § 12 Abs.1 Satz 1 SSpiehlG gesetzlich zuerkannten Übergangsfrist für ihren Weiterbetrieb einer Erlaubnis nach Maßgabe des § 2 Abs. 1 SSpiehlG bedürfen, begegnet unter dem Blickwinkel des Unionsrechts keinen Bedenken.

Der Gewährleistungsgehalt der Dienstleistungsfreiheit des Art. 56 AEUV ist nur eröffnet, wenn ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegt. Einen solchen meint die Antragstellerin unter Hinweis auf eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs<sup>9</sup> aus dem Umstand herleiten zu können, dass ihre beiden Spielhallen sich in der Nähe zu Frankreich befinden und regelmäßig von zahlreichen Unionsbürgern aus Frankreich aufgesucht würden. Folgt man dieser Argumentation<sup>10</sup>, gegen die allerdings mit Gewicht spricht, dass zum einen es sich bei der Antragstellerin um eine deutsche Gewerbetreibende mit Sitz in Deutschland handelt, die auf deutschem Boden Dienstleistungen anbietet, und zum anderen das von ihr betriebene Gewerbe in Frankreich gänzlich verboten ist, das deutsche Spielhallenrecht mithin die Möglichkeiten in Frankreich lebender Unionsbürger, am Geldautomatenspiel teilzunehmen, im Ergebnis nicht beschränkt, aus deren Sicht vielmehr erst eröffnet, verhilft dies der Beschwerde im Ergebnis nicht zum Erfolg. Denn die hieraus seitens der Antragstellerin gezogenen Schlussfolgerungen treffen nicht zu.

Die Antragstellerin rügt zunächst, das Erlaubnisverfahren werde den unionsrechtlichen Vorgaben an die Verfahrensgestaltung nicht gerecht. Nach dem unionsrechtlichen Transparenzgebot müssten die Bedingungen und Modalitäten des Erlaubnisverfahrens klar, genau und eindeutig formuliert sein.

---

<sup>9</sup> EuGH, Urteil vom 11.6.2015 – C-98/14 -, juris, Rdnr. 25 ff.

<sup>10</sup> mit ablehnender Tendenz, aber im Ergebnis offen: OVG des Saarlandes, Urteil vom 5.7.2017 – 1 A 51/15 -, amtlicher Abdruck Seite 71 ff.

Rechtsvorschriften müssten im Voraus festgelegt und bekannt gemacht sein. Das Transparenzgebot solle gewährleisten, dass alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer die Entscheidung über die Teilnahme an Ausschreibungen auf der Grundlage sämtlicher einschlägiger Informationen treffen können und die Gefahr von Günstlingswirtschaft und Willkür seitens der Vergabestelle ausgeschlossen sei.<sup>11</sup>

Die Vorgaben des Saarländischen Spielhallengesetzes genügen diesen Anforderungen. Hinsichtlich des regulären Erlaubnisverfahrens nach § 2 Abs.1 SSpG regeln die nachfolgenden Vorschriften des Gesetzes die Voraussetzungen der Erlaubniserteilung. In Bezug auf Bestandsspielhallen, die am konkreten Standort schon vor dem 28.10.2011 erlaubt betrieben worden sind, gibt § 12 Abs. 1 Satz 2 SSpG vor, dass auch diese für die Zeit ab dem 1.7.2017 einen Erlaubnisantrag einreichen müssen und dass dieser im Zeitraum vom 1.7.2016 bis zum 31.12.2016 gestellt sein muss.

Das Erfordernis einer Auswahlentscheidung besteht vornehmlich, soweit es um miteinander konkurrierende Bestandsspielhallen geht. Diesem Bewerberkreis war seit Ergehen der Anwendungshinweise der Fachaufsicht vom 7.6.2016 bekannt, welche Unterlagen sie mit ihrem Antrag auf Weiterbetrieb ihrer Spielhalle einreichen müssen, und das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit des Saarländischen Spielhallengesetzes in Bezug auf die für die Auswahlentscheidung wesentlichen Parameter festgestellt, zu deren Konturierung könne insbesondere zunächst auf die Regelung zur Härtefallbefreiung nach § 12 Abs. 2 zurückgegriffen werden. Auch ergebe sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung, dass bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten und in § 1 Abs. 1 niedergelegten Ziele zu beachten seien.

Der Antragsgegner hat die Prüfung der Erlaubnisanträge bis nach Ergehen der vorbezeichneten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zurückgestellt, so dass zunächst eine höchstrichterliche Klärung etwaiger Zweifelsfragen

---

<sup>11</sup> EuGH, Urteil vom 4.2.2016 – C-336/14 - , juris, Rdnr. 87

erfolgen konnte. Damit ist jegliche Gefahr von Günstlingswirtschaft und Willkür ausgeschlossen. Zu Recht hat das Bundesverfassungsgericht ergänzend daraufhin gewiesen, dass für den Fall, dass das behördliche Auswahlverfahren den genannten Rahmen nicht beachte oder sonst individuellen Rechtspositionen der Spielhallenbetreiber nicht zureichend Rechnung trage, verwaltungsgerichtlicher und ggf. auch verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz gewährleistet sei.<sup>12</sup>

Die seitens der Antragstellerin weiter thematisierte Frage, ob die von der Fachaufsicht unter dem 26.10.2017 erlassenen Anwendungshinweise zu den §§ 2, 3 und 12 SSpielhG dem europarechtlichen Transparenzerfordernis zum Ausschluss willkürlicher Entscheidungen genügen, stellt sich nicht.

Die in diesen Anwendungshinweisen aufgeführten Kriterien unterliegen – wie noch aufzuzeigen sein wird – in weitem Umfang rechtlichen Bedenken. Andererseits bedurfte es ihres Erlasses nicht, da die entscheidungsrelevanten Kriterien ausgehend von den in den Anwendungshinweisen vom 7.6.2016 formulierten Anforderungen an die Erlaubnisanträge und mit Blick auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7.3.2017 hinreichend präzisiert waren. Die mangelnde Beachtlichkeit der Anwendungshinweise vom 26.10.2017 kann gerichtlicherseits festgestellt werden und vermag das Auswahlverfahren als solches nicht zu infizieren.

Die behauptete bundesweit uneinheitliche Anwendung der Härtefallregelung führt nicht zur Unionsrechtswidrigkeit des Erlaubnisvorbehalts. Die diesbezügliche Argumentation der Antragstellerin blendet aus, dass das in den einzelnen bundesdeutschen Bundesländern geltende Landesrecht zulässigerweise durchaus unterschiedlich ausgestaltet ist, weswegen die zitierte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs<sup>13</sup> zur unterschiedlichen Handhabung inhaltsgleicher Vorschriften in verschiedenen Bundesländern Österreichs nicht einschlägig ist. Fallbezogen fehlt es – auf der Basis der § 29 Abs. 4 Satz 5 und § 28 GlüStV – an einer gleichen rechtlichen Ausgangslage für

<sup>12</sup> BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017, a.a.O., Rdnr. 186

<sup>13</sup> EuGH, Urteil vom 10.3.2009 – C-169/07 –, juris

die seitens der Antragstellerin miteinander verglichene Befreiungspraxis in verschiedenen Bundesländern.

2.2 Die Antragstellerin argumentiert weiter, unter der Prämisse der Anwendbarkeit des Erlaubnisvorbehalts seien jedenfalls das Verbundverbot und die Mindestabstandsregelung unionsrechtswidrig und damit unanwendbar. Damit sei, da andere Versagungsgründe weder dargetan noch ersichtlich seien, die materielle Erlaubnisfähigkeit ihrer Spielhalle offensichtlich. Verbundverbot und Abstandsgebot bewirkten eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit, die durch die angeführten Ziele des Gesetzes nicht gerechtfertigt sei. Dass das Bundesverfassungsgericht dies anders gesehen habe, gehe darauf zurück, dass es sich auf die als nicht offensichtlich fehlerhaft qualifizierte Einschätzung des Gesetzgebers, mithin auf eine reine Willkürkontrolle, zurückgezogen habe. Eine solch eingeschränkte Prüfung werde dem Unionsrecht offenkundig nicht gerecht. Das Unionsrecht verlange, dass die zur Rechtfertigung der Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit bemühten Gefahren tatsächlich anhand von genauen, objektiv nachprüfbaren, statistischen oder sonstigen belastbaren Angaben belegt seien.

Die insoweit seitens der Antragstellerin angeführten Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs sind nicht einschlägig.

Das Urteil vom 19.10.2016<sup>14</sup> betrifft Art. 34 AEUV und befasst sich mit der Frage, ob die Festlegung einheitlicher Apothekenabgabepreise für verschreibungspflichtige Humanarzneimittel mit dem freien Warenverkehr vereinbar ist. Der Gerichtshof hat dies verneint, da die Eignung einheitlicher Apothekenabgabepreise zur Erreichung der als Rechtfertigung benannten Ziele nicht hinreichend belegt sei. Die dort an den Nachweis der Eignung gestellten und von der Antragstellerin zitierten Anforderungen sind indes fallbezogen nicht anwendbar. In der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der besondere Charakter des Bereichs der Glücksspiele im Unterschied zu dem traditionellen Markt anerkannt. Die Regelung der Glücksspiele gehöre zu den Bereichen, in

---

<sup>14</sup> EuGH, Urteil vom 19.10.2016 - C 148/15 -, juris

denen beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestünden. Es sei Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, in diesen Bereichen im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung zu beurteilen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der betroffenen Interessen ergeben. Demgemäß verfügten die staatlichen Stellen in dem besonderen Bereich der Veranstaltung von Glücksspielen über ein weites Ermessen bei der Festlegung der Anforderungen, die sich aus dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung ergeben, und es sei – sofern die nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs bestehenden Anforderungen im Übrigen erfüllt seien – Sache jedes Mitgliedstaats, zu beurteilen, ob es im Zusammenhang mit den vom ihm verfolgten legitimen Zielen erforderlich ist, Spiel- und Wetttätigkeiten vollständig oder teilweise zu verbieten, oder ob es genügt, sie zu beschränken und zu diesem Zweck mehr oder weniger strenge Kontrollformen vorzusehen.<sup>15</sup> In Bezug auf das Saarländische Spielhallengesetz ist innerstaatlich spätestens seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7.3.2017 geklärt, dass mit dem Abstandsgebot und dem Verbundverbot die Ziele des Spielerschutzes und der Suchtbekämpfung verfolgt werden und dass diese Mittel unter Berücksichtigung des angestrebten Schutzniveaus zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet sind.<sup>16</sup> Diese Einschätzung beruht auch nicht auf einer reinen Willkürprüfung, sondern auf einer sorgfältigen Auswertung der unter Randnummer 52 der Entscheidung aufgeführten Stellungnahmen und der in diesen in Bezug genommenen Erkenntnislage. Angesichts des den Mitgliedstaaten im Glücksspielsektor zugebilligten weiten Ermessens bedurfte es keiner weitergehenden statistischen oder ähnlichen Erhebungen.

Das ebenfalls seitens der Antragstellerin zitierte Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 14.6.2017 betrifft das innerstaatliche Verfahrensrecht. Einleitend bekräftigt der Gerichtshof, dass die Dienstleistungsfreiheit einer nationalen Regelung, die den Betrieb von Glückspielautomaten ohne vorab erteilte behördliche Erlaubnis verbietet, entgegenstehe, wenn diese Regelung nicht wirklich das Ziel des Spielerschutzes oder der Kriminalitätsbekämpfung

---

<sup>15</sup> EuGH, Urteil vom 12.6.2014 - C - 156/13 -, juris Rdnrn. 24, 31 und 32, und vom 22.6.2017 - C - 49/16 -, juris Rdnrn. 36 f.

<sup>16</sup> BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. -, Rdnrn. 119 ff.

verfolge und nicht tatsächlich dem Anliegen entspreche, in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern oder die mit diesen Spielen verbundene Kriminalität zu bekämpfen. Im Weiteren legt der Gerichtshof dar, dass die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und die Dienstleistungsfreiheit (Art. 46 AEUV) einer nationalen Verfahrensregelung, nach der das innerstaatliche Gericht, das über die Vereinbarkeit einer die Grundfreiheiten beschränkenden Regelung mit dem Unionsrecht zu entscheiden hat, die Umstände von Amts wegen zu ermitteln hat, nicht entgegensteht, sofern die Amtsermittlung nicht zur Folge hat, dass das Gericht anstelle der zuständigen Behörden des Mitgliedstaats die erforderlichen Beweise beizubringen hat.<sup>17</sup> Die dieser Feststellung zugrundeliegenden Erwägungen des Gerichtshofs helfen fallbezogen nicht weiter. Durch das Bundesverfassungsgericht ist bereits geklärt, dass mit dem Abstandsgebot und dem Verbundverbot die Ziele des Spielerschutzes und der Suchtbekämpfung verfolgt werden und durch sie in kohärenter und systematischer Weise die Gelegenheiten zum Spiel verringert werden.<sup>18</sup>

Die gegenläufige Argumentation der Antragstellerin, Abstandsgebot und Verbundverbot erwiesen sich als inkohärent, verfängt nicht. Kraft des Glücksspielstaatsvertrags gilt bundesweit, dass Spielhallen nur erlaubnisfähig sind, wenn sie einen Mindestabstand zu der nächstgelegenen Spielhalle einhalten und nicht im Verbund betrieben werden. Nur befristet und zur Vermeidung unbilliger Härten im Einzelfall können Befreiungen hiervon erteilt werden. Der Sache nach bezieht sich damit die Behauptung mangelnder Kohärenz nicht auf die durch den Glücksspielstaatsvertrag vorgegebenen landesrechtlichen Abstandsgebote beziehungsweise Verbundverbote, sondern auf die die Möglichkeit ausnahmsweiser Befreiungen vorsehenden Überleitungsregelungen. Nur insofern beanstandet die Antragstellerin eine unterschiedliche Anwendungspraxis in den einzelnen Bundesländern.

---

<sup>17</sup> EuGH, Urteil vom 14.6.2017 - C - 685/13 -, juris Rdnrn. 49 und 67

<sup>18</sup> BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017, a.a.O., Rdnrn. 119 ff.; zuvor bereits ebenso: BVerwG, Urteil vom 16.12.2016 - 8 C 6/15 -, juris Rdnrn. 84 f.

Dabei blendet sie zunächst aus, dass das jeweilige Landesrecht betreffend die Voraussetzungen einer Befreiung zulässigerweise unterschiedlich ausgestaltet ist, und verkennt insbesondere, dass die Befreiungsvorschriften ihrer Konzeption nach ohnehin nur ein vorübergehendes Absehen von der Umsetzung des Abstandsgebots und des Verbundverbots ermöglichen können und sollen. Sich aus den unterschiedlichen landesrechtlichen Überleitungsregelungen ergebende etwaige Unterschiede in der praktischen Handhabung, die sich für die Betreiber bei einem bundesweiten Vergleich entweder vorteilhaft oder nachteilig auswirken mögen, sind daher nur vorübergehender Natur und schon vom Ansatz her nicht geeignet, die Abstands- bzw. Verbundregelung als solche inkohärent erscheinen zu lassen.

In Bezug auf die der Sache nach angesprochene Frage der Vereinbarkeit der Härtefallregelungen mit Unionsrecht erscheint zudem bereits die Prämisse der Argumentation der Antragstellerin, die unionsrechtliche Dienstleistungsfreiheit setze dem innerstaatlichen Recht diesbezüglich Grenzen, fernliegend. Die durch das Abstandsgebot und das Verbundverbot bedingten Beschränkungen werden durch die Möglichkeit, unter Härtegesichtspunkten Befreiungen zu erteilen, nicht intensiviert, sondern in ihren Auswirkungen im Einzelfall entschärft. Die Härtefallregelungen bewirken mithin eine Relativierung der unionsrechtlich zulässigen Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit und sind von daher nicht geeignet, ihrerseits mit der Dienstleistungsfreiheit zu kollidieren. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass eine unterschiedliche gesetzliche Ausgestaltung der Härtefallkriterien bzw. eine unterschiedliche Befreiungspraxis in verschiedenen Bundesländern den Schutzbereich der Dienstleistungsfreiheit tangieren könnte.

Unter der Überschrift, Verbundverbot und Abstandsregelung seien inkohärent, rügt die Antragstellerin, für Gaststätten existierten keine Abstandsvorgaben und im Bereich der Spielbanken werde eine Konzentration von Geldspielgeräten an einem Standort bei gleichzeitiger Verringerung der Zahl der Gesamtstandorte hingenommen, was das Verbundverbot konterkariere.

Ersteres sei mit Blick auf die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 10.3.2009<sup>19</sup> unionsrechtlich unzulässig.

Dies trifft nicht zu. Im entschiedenen Fall ging es um die Frage, ob eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit in Gestalt einer Erlaubnispflicht nur für eine bestimmte Gruppe von Leistungsanbietern geeignet ist, die Erreichung der mit ihr verfolgten Ziele zu gewährleisten. Der Gerichtshof hat diese Frage unter den konkreten Gegebenheiten verneint. Beide Kategorien von Leistungsanbietern wiesen vergleichbare Merkmale auf, weswegen die Leistungsempfänger in vielen Fällen keinen Unterschied zwischen den jeweiligen Einrichtungen erkennen würden. Die Leistungserbringer könnten demnach auf dem betreffenden Markt eine ähnliche Bedeutung haben, so dass die Erreichung der von den zuständigen Behörden erfolgten Planungsziele in gleicher Weise berührt sein könne, was eine Inkohärenz der in Rede stehenden Erlaubnispflicht bedinge.<sup>20</sup>

Diese Problematik stellt sich fallbezogen nicht. Gaststätten und Spielhallen decken ein unterschiedliches Leistungsspektrum ab und werden von der jeweiligen Kundschaft mit völlig unterschiedlichen Erwartungshaltungen besucht. Mit Blick auf die Ziele des Spielerschutzes und der Bekämpfung der Spielsucht besteht keine Notwendigkeit, den Betrieb von Geldspielautomaten in Gaststätten den für Spielhallen geltenden Regelungen zu unterwerfen.

Im Ergebnis nichts anderes gilt in Bezug auf Spielhallen. Insbesondere stützt die Behauptung, in Spielbanken sei 2017 ein Wachstum des Automatenspiels um 8,66 % zu verzeichnen gewesen, die Argumentation der Antragstellerin nicht. Denn 2017 wurden die Bestandsspielhallen im Saarland, die ihren Betrieb fortsetzen wollen, geduldet, so dass nichts dafür spricht, dass eine Abwanderung der Kunden zu dem Angebot von Spielbanken – sollte es eine solche Abwanderung gegeben haben – ihre Ursache in einer inkohärenten

---

<sup>19</sup> EuGH, Urteil vom 10.3.2009 – C-169/07 –, juris

<sup>20</sup> EuGH, Urteil vom 10.3.2009, a.a.O., Rdnrn. 60 und 57

Ausgestaltung des Glücksspielsektors haben könnte. Im Übrigen kann auf die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts verwiesen werden.<sup>21</sup>

Das weitere Vorbringen zur behaupteten Inkohärenz (Casino-Games im Internet, Sportwetten, staatliche Lotterieunternehmen) rechtfertigt keine der Antragstellerin günstigere Sichtweise. Hinsichtlich dieser Glücksspielsektoren wäre ein Abstandsgebot ein ungeeignetes Mittel zur Erreichung des Ziels der Suchtbekämpfung. Dies gilt auch in Bezug auf Sportwetten. Wer auf Sportereignisse wetten will, gerät durch in räumlicher Nähe zueinander befindliche Wettbüros regelmäßig nicht in Versuchung, mehrfach zu wetten, zumal die aus persönlicher Sicht bestehende Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Ergebnisses in der Höhe eines einzigen Wetteinsatzes zum Ausdruck gebracht werden kann. Inwiefern der Vereinbarkeit von Abstandsgebot und Verbundverbot mit dem Unionsrecht eine anreizende und ermunternde Werbung der staatlichen Lotterieunternehmen entgegenstehen soll, ist schlichtweg nicht nachvollziehbar.

Die Ermahnung, die Behörden und Gerichte müssten sich im Lichte der jeweiligen konkreten Anwendungsmodalitäten aufgrund einer dynamischen Prüfung vergewissern, dass eine Beschränkung dringend erforderlich, verhältnismäßig sowie Ausdruck einer systematischen und kohärenten Regulierungs- und Behördenpraxis sei, geht ins Leere. Die Antragstellerin zeigt nicht auf, welche neuen Erkenntnisse eine neue Einschätzung erforderlich machen sollten. Der Hinweis auf den Zwischenbericht der MECN-GmbH vom Juli 2014, der zur Zeit des Ergehens der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts bereits seit geraumer Zeit vorlag, hilft aus aktueller Sicht nicht weiter. Die Überlegung, das Bundesverfassungsgericht könne auf der Grundlage alten Tatsachenstoffs geurteilt haben, ist durch nichts belegt.

Dass schließlich in der Gesetzesbegründung zum Glücksspielstaatsvertrag zum Ausdruck kommen soll, dass die staatsvertraglichen Beschränkungen im

---

<sup>21</sup> BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017, a.a.O., Rdnrn. 141 ff., 172 ff.

Bereich der Spielhallen primär der unionsrechtlichen Legitimierung der staatlichen Ausschließlichkeitsrechte in Bereich von Lotterien und Sportwetten dienen sollen, entbehrt der Grundlage. Die tragenden Gründe für die zusätzlichen Beschränkungen des Automatenspiels finden sich in der dem seitens der Antragstellerin angeführten Zitat aus der bayerischen Gesetzesbegründung folgenden Passage der Gesetzesbegründung. Dort heißt es, die Evaluierung der 2006 novellierten Spielverordnung habe zwischenzeitlich das erhebliche Gefahrenpotenzial des gewerblichen Automatenspiels deutlich gemacht. Es werde daher wegen seines hohen Suchtpotenzials und der zu verzeichnenden expansiven Entwicklung zusätzlichen Beschränkungen unterworfen. Dieses Spiel solle wieder stärker in Richtung seines Charakters als bloßes Unterhaltungsspiel akzentuiert und es solle einer weiteren Ausweitung des Marktes entgegengewirkt werden.

Die Angriffe der Antragstellerin (Seite 27 f. der Beschwerdebeurteilung) gegen die auf die rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten in Berlin abstellende Erwägung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>22</sup>, es gebe auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts zu den Beschränkungen für Spielhallen 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, gehen fehl. Sie unterstellen – ohne dies nachvollziehbar zu begründen –, der vorbezeichneten Erwägung des Bundesverwaltungsgerichts liege eine bestimmte Annahme zugrunde, die sie als fehlerhaft bezeichnen, ohne indes die Relevanz ihrer Überlegungen für die Verhältnisse im Saarland aufzuzeigen.

Ob das unionsrechtliche Kohärenzgebot für das Glücksspiel nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs lediglich im Bereich staatlicher Monopolregelungen Geltung beanspruchen kann, was die Antragstellerin in Abrede stellt, kann nach alledem dahinstehen. Es ist jedenfalls nicht verletzt.

---

<sup>22</sup> BVerwG, Urteil vom 16.12.2016, a.a.O., Rdnr. 85

3. Ausgehend von dem unter 1. dargelegten Prüfungsmaßstab und von den maßgeblichen, aus den unter 2. genannten Gründen unionsrechtlich nicht zu beanstandenden spielhallenrechtlichen Regelungen kann der Auffassung des Verwaltungsgerichts, die vom Antragsgegner getroffene Auswahlentscheidung sei rechtlich aller Voraussicht nach nicht zu beanstanden, nicht gefolgt werden (3.1), während ein Anspruch auf Duldung des Weiterbetriebs auch nur einer der beiden Einzelspielhallen unter dem Gesichtspunkt des Bestehens eines Erlaubnisanspruchs unter Härtefallgesichtspunkten zu verneinen ist (3.2).

3.1 Zutreffend ist das Verwaltungsgericht im Ansatz davon ausgegangen, dass es in Fällen der vorliegenden Art, in denen aufgrund des Abstandsgebots mehrere Spielhallen zueinander in Konkurrenz stehen, eines chancengleich ausgestalteten und verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Auswahlverfahrens bedarf. Die in den Anwendungshinweisen des Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit, Energie und Verkehr des Saarlandes vom 26.10.2017 niedergelegten Auswahlparameter und das vom Antragsgegner fallbezogen auf der Grundlage des von ihm als ausschlaggebend angesehenen Auswahlkriteriums vollzogene Auswahlverfahren werden indes den sich aus dem Saarländischen Spielhallengesetz ergebenden Vorgaben unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Grundsätze nicht gerecht.

Wie bereits in den in sechs Zulassungsverfahren ergangenen Beschlüssen des Senats vom 8.11.2018<sup>23</sup> dargelegt, entnimmt der Senat den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in dessen Beschluss vom 7.3.2017<sup>24</sup>, wonach „zur Konturierung der Auswahlkriterien **zunächst** (Hervorhebung durch den Senat) auf die Regelung zur Härtefallbefreiung nach § 12 Abs. 2 SSpG zurückgegriffen werden“ kann, sowie der Gesetzesbegründung zu § 12 Abs. 2 SSpG, dass die Kriterien, die nach § 12 Abs. 2 SSpG für eine Härtefallbefreiung von Relevanz sind, in einem ersten Schritt auch für die Auswahlentscheidung als wesentliche Parameter der Auswahl herangezogen werden können, indem diese Härtefallkriterien von ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich, der Ebene der Konfliktlösung zwischen den Interessen

<sup>23</sup> u.a. im Verfahren 1 A 202/18, juris

<sup>24</sup> BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. -, juris, Rdnrn. 182 ff., 184

des einzelnen Betreibers im Spannungsverhältnis zu dem öffentlichen Interesse an einer zügigen Umsetzung der Ziele der gesetzlichen Neuregelung, auf die Ebene der Konfliktlösung im Verhältnis miteinander konkurrierender Betriebe transferiert werden (3.1.1). Auch ergebe sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung, dass bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten und in § 1 Abs. 1 SSpG niedergelegten Ziele zu beachten seien (3.1.2). Hinsichtlich der Frage, von welchem Fixpunkt die Auswahlentscheidung auszugehen hat, verweist das Bundesverfassungsgericht auf die Notwendigkeit eines Verteilmechanismus, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermögliche, und begründet dies mit den grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber (3.1.3).

3.1.1 In ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich regeln die Vorgaben des § 12 Abs. 2 SSpG, wie der Konflikt zwischen den Interessen eines Inhabers einer Bestandsspielhalle und den strengen Anforderungen des neuen Spielhallenrechts aufzulösen ist. Voraussetzung einer Befreiung und damit eines Vorrangs der Interessen des Spielhallenbetreibers vor einer sofortigen Verwirklichung des neuen Rechts ist hiernach, dass die künftige Erlaubnisfähigkeit der Spielhalle ausschließlich an der Unterschreitung des Mindestabstandsgebots scheitert, also alle weiteren neuen Anforderungen der §§ 2 ff. SSpG erfüllt werden (Nr. 1), dass der Erlaubnisinhaber auf den Bestand der ursprünglichen Erlaubnis vertrauen durfte und dieses Vertrauen in Abwägung mit öffentlichen Interessen und den Zielen des § 1 Abs. 1 schutzwürdig ist, was zu bejahen ist, wenn das Vertrauen in die ursprüngliche Erlaubnis vor dem Stichtag 28.10.2011 betätigt worden ist und die eingegangenen Verpflichtungen noch fortwirken (Nr. 2), sowie dass die Befreiung zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist (Nr. 3). Unbilligkeit in diesem Sinn liegt insbesondere vor, wenn es dem Betreiber nicht möglich war, sich mit Wirkung ab dem 1.7.2017 aus seinen vertraglichen Verpflichtungen zu lösen, und die fortwirkenden Verpflichtungen von ihrem Ausmaß her die weitere Existenz des Unternehmens ernstlich in Frage stellen.

Transferiert man diese Anforderungen auf die Ebene des durch eine Auswahlentscheidung zu lösenden Interessenkonflikts zwischen mehreren Betreibern von Bestandsspielhallen, die in einer Entfernung von weniger als 500 m zueinander gelegen sind, so gilt in entsprechender Anwendung des § 12 Abs. 2 Nr. 1 SSpielhG wiederum zunächst, dass jede der konkurrierenden Spielhallen bzw. jeder Spielhallenbetreiber - allein abgesehen von der Einhaltung des Abstandsgebots - allen Anforderungen des neuen Rechts genügen muss. Sodann ist in Anwendung der Nr. 2 zu ermitteln, ob der einzelne Spielhallenbetreiber vor dem 28.10.2011 im Vertrauen auf die ursprünglich erteilte Erlaubnis disponiert hat und schließlich, ob er sich der eingegangenen fortwirkenden Verpflichtungen nicht rechtzeitig entledigen konnte bzw. ob gar der Bestand des Unternehmens im Fall der Versagung der Erlaubnis für den in Rede stehenden Standorts ernstlich gefährdet wäre. Zwecks Ermöglichung einer an § 12 Abs. 2 SSpielhG orientierten Auswahlentscheidung zwischen mehreren Betreibern ist das so ermittelte Maß der jeweiligen Betroffenheit in der grundgesetzlich geschützten Berufsfreiheit jeweils in Relation zur Betroffenheit des/der Konkurrenten zu setzen.

Dass diese Handhabung mit dem Willen des Gesetzgebers konform geht, wird durch die Gesetzesbegründung gestützt. Dort heißt es unter Hinweis auf die komplexe Ausgangssituation insbesondere hinsichtlich miteinander konkurrierender Spielhallen, die die gesetzlichen Abstandsvoraussetzungen nicht erfüllen, und die einer weiteren Konkretisierung der Befreiungsvoraussetzungen entgegenstehe, in die Erwägungen könnten je nach Sachlage im Einzelfall der Zeitpunkt der Erlaubniserteilung, Art und Ausmaß getätigter Investitionen, konkrete Abschreibungsfristen, Zahlungsverpflichtungen und Laufzeiten aus Darlehens- oder Mietverträgen sowie konkrete Möglichkeiten anderweitiger Nutzungen etc. eingestellt werden. Diese Ausführungen legen nahe, dass die genannten Kriterien schon im Rahmen der Auswahl zwischen konkurrierenden Betreibern von Relevanz sein können. Die weitere Gesetzesbegründung bestätigt diesen Befund. So heißt es, für die Einzelfälle, in denen die nachträgliche Einhaltung des Abstandsgebots nur möglich wäre, indem bei der Entscheidung über die Spielhalle, die zu

schließen wäre - also bei der Auswahlentscheidung (Zusatz des Senats) -, einseitig einem der Spielhallenbetreiber ein gegebenenfalls gleichheitswidriges Sonderopfer auferlegt werden würde, werde eine Dispensmöglichkeit vorgesehen. Alldem ist zu entnehmen, dass wirtschaftlichen Dispositionen und etwaigen fortbestehenden Verpflichtungen im Rahmen der Auflösung von Konkurrenzen zwischen den Betreibern von Bestandsspielhallen, die die gesetzlichen Abstandsvoraussetzungen nicht erfüllen, Relevanz beigemessen werden soll. Diese Vorstellung liegt auch den Anwendungshinweisen der Fachaufsicht vom 7.6.2016 zu Grunde. Wenngleich sich unter Gliederungspunkt 1.4.3 die Formulierung, auf der Ebene der Anträge nach § 12 finde kein vorgelagertes Auswahlverfahren statt, findet, können die weiteren Ausführungen unter Gliederungspunkt 3.3.5, nach denen im Fall, dass jede konkurrierende Spielhalle den Härtefall nachweist, jeweils eine Befreiung erteilt werden soll, nur dahin verstanden werden, dass aus Sicht der Fachaufsicht für die Auflösung von Bewerberkonkurrenzen Härtefallgesichtspunkte geeignet sind.<sup>25</sup>

Dies kann bedingen, dass dem Betreiber, der bei einem Unterliegen im Auswahlverfahren am härtesten getroffen würde, der Vorzug zu geben ist. Indes stellt sich die entsprechend heranzuziehende Härtefallregelung nicht als das einzige im Rahmen der Bewerberkonkurrenz aussagekräftige Kriterium dar, so dass im jeweiligen Einzelfall je nach den konkreten Gegebenheiten weitere Kriterien in die vergleichende Betrachtung einzubeziehen sind.

3.1.2 Das Bundesverfassungsgericht stellt im Kontext seiner Ausführungen betreffend den Rückgriff auf die Regelung zur Härtebefreiung nach § 12 Abs. 2 SSpG fest, aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung ergebe sich, dass bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten und in § 1 Abs. 1 niedergelegten Ziele zu beachten seien. Dies versteht der Senat dahin, dass sich die Mitwirkung der einzelnen Spielhallenbetreiber bei der Umsetzung der Ziele des § 1 Abs. 1 im Sinn einer Bereitschaft zu gesetzeskonformem Verhalten als ein im Rahmen der Auswahlentscheidung zwischen

---

<sup>25</sup> so bereits Beschlüsse des Senats vom 8.11.2018 1 - A 202/18 u.a. -, juris

konkurrierenden Bestandsspielhallen berücksichtigungsfähiges Auswahlkriterium darstellt.

3.1.2.1 Geht man davon aus, dass den Zielen des § 1 Abs. 1 im Rahmen der Auswahlentscheidung die Bedeutung eines Auswahlkriteriums zukommt, so wirft dies die Frage auf, ob für die Bewerber um eine positive Auswahlentscheidung im Vorfeld der Antragstellung und der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vorhersehbar war, dass die Frage eines die Neuregelungen beachtenden gesetzeskonformen Verhaltens für den Erfolg ihres Antrags auf Weiterbetrieb ihrer Spielhalle im Auswahlverfahren maßgeblich sein kann. Dies ist angesichts der Regelung der Versagungsgründe in § 3 Abs. 1 Nr. 1 SSpielhG zu bejahen. Jedem Spielhallenbetreiber muss seit Inkrafttreten der Neuregelungen bewusst sein, dass nach Ablauf der Übergangsfrist des § 12 Abs. 1 Satz 1 SSpielhG nicht nur die Versagungsgründe der §§ 33c Abs. 2, 33d Abs. 3 GewO der Erteilung einer Erlaubnis für den Weiterbetrieb der Spielhalle über den 30.6.2017 hinaus entgegenstehen können, sondern gleichermaßen die Versagungsgründe des § 3 SSpielhG, dass die Erlaubnis mithin insbesondere auch dann zu versagen ist, wenn der (bisherige) Betrieb der Spielhalle den Zielen und Bestimmungen des Saarländischen Spielhallengesetzes zuwiderläuft (Abs. 1 Nr. 1). Das Wissen um den Umstand, dass nicht gesetzeskonformes Verhalten zur Versagung der Erlaubnis führen kann, inkludiert die Vorhersehbarkeit von Rechtsnachteilen infolge nicht gesetzeskonformen Verhaltens im Erlaubnis- bzw. Auswahlverfahren.

3.1.2.2 Der Annahme, dass nicht gesetzeskonformes Verhalten unter den Gegebenheiten des Einzelfalls ein Unterliegen im Auswahlverfahren bedingen kann, lässt sich nicht bereits im Grundsatz entgegenhalten, dass der Gesichtspunkt der Qualität der Betriebsführung kein sachgerechtes Auswahlkriterium sei.<sup>26</sup>

---

<sup>26</sup> so HessVGH, Beschluss vom 27.9.2018 - 8 B 432/18 -, juris Rdnrn. 38 ff., und OVG Hamburg, Beschluss vom 9.7.2018 - 4 Bs 12/18 -, juris Rdnrn. 105 ff.

Diese in Anlehnung an das Vergaberecht<sup>27</sup> entwickelte Argumentation des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs bzw. des Hamburgischen Obergerichtsverwaltungsgerichts verfährt in Bezug auf die Auswahl zwischen konkurrierenden Spielhallen nicht.

Der Zulässigkeit des Gesichtspunkts der Qualität der Betriebsführung als Auswahlkriterium wird entgegengehalten, dieser Gesichtspunkt stelle auf Anforderungen ab, die von den Spielhallenbetreibern bereits zu erfüllen seien, um überhaupt an einem Auswahlverfahren unter konkurrierenden Bestandsspielhallen teilnehmen zu können. So sei etwa die Anzahl der Ordnungswidrigkeitsverfahren wegen Verstößen gegen die Vorgaben des Spielhallengesetzes bereits im Rahmen der Eignungsprüfung anhand der Versagungsgründe zu würdigen. Würden hiernach die gesetzlichen Anforderungen erfüllt, so könne der Spielhallenbetrieb grundsätzlich eine spielhallenrechtliche Erlaubnis erhalten. Denn alle Betriebe, die die vielfältigen persönlichen und sachlichen Anforderungen des Gesetzes erfüllten, seien dem Grunde nach erlaubnisfähig. Auf der Ebene des Auswahlverfahrens seien sie insoweit gleich zu behandeln. Eine Bevorzugung wegen eines „besseren“ oder „umfangreicheren“ Ausfüllens der gesetzlichen Grundvoraussetzungen auf der Auswahlstufe im Sinne eines „Mehr an Eignung“<sup>28</sup> bzw. das Auswahlkriterium der „Eliminierung schwarzer Schafe“<sup>29</sup> sei sachwidrig.

Zwar trifft es zu, dass in der in Bezug genommenen Rechtsprechung zum Vergaberecht geklärt ist, dass das Vergabeverfahren zweistufig ist. Auf der ersten Stufe sind die Anforderungen an die Eignung eines Bieters, deren Erfüllung Voraussetzung für die Teilnahme am weiteren Verfahren ist, zu prüfen; auf der zweiten Stufe, auf der sich entscheidet, wer den Zuschlag erhält, ist ein „Mehr an Eignung“<sup>30</sup> bzw. das Prinzip „bekannt und bewährt“<sup>31</sup> kein Kriterium für die Auftragsvergabe. Eignungskriterien sind bereits in der Präqualifikation zu erfüllen und sind einer erneuten auf den Auftrag bezogenen vergleichenden

<sup>27</sup> HessVGH, Urteil vom 15.10.2014 - 9 C 1276/13.T -, juris Rdnr. 85; BGH, Urteile vom 8.9.1998 - X ZR 109/96 -, und vom 16.10.2001 - X ZR 100/99 -, jew. juris

<sup>28</sup> HessVGH, a.a.O., Rdnrn. 42 ff.

<sup>29</sup> OVG Hamburg, a.a.O., Rdnr. 106

<sup>30</sup> BGH, Urteil vom 8.9.1998 - X ZR 109/96 -, juris

<sup>31</sup> BGH, Urteil vom 16.10.2001 - X ZR 100/99 -, juris

Wertung nicht zugänglich.<sup>32</sup> Kriterien, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (Zuschlagskriterium) dienen, sondern im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrags zusammenhängen, sind als Zuschlagskriterien ausgeschlossen.<sup>33</sup> Diese Argumentation kann auf die Problematik der Auswahl zwischen konkurrierenden Bestandsspielhallen ungeachtet der ebenfalls zweistufigen Ausgestaltung des Verfahrens nicht übertragen werden.

Die beiden Stufen des Vergabeverfahrens betreffen gänzlich unterschiedliche Prüfprogramme, zum einen die grundsätzliche Eignung des Bieters zur Auftragserfüllung und zum anderen das der Ausschreibung zu entnehmende Zuschlagskriterium, etwa das wirtschaftlich günstigste Angebot. Es liegt auf der Hand, dass die Beurteilung der wirtschaftlichen Günstigkeit eines Angebots durch ein „Mehr eines Bieters an Erfahrung“ im Allgemeinen oder in Bezug auf den ganz konkreten Auftragstyp nicht beeinflusst werden kann und sich diesbezügliche Erwägungen daher als Zuschlagskriterium verbieten. Die vorliegend aufgeworfene Problematik der Zulässigkeit einer Berücksichtigung gesetzeskonformen Verhaltens sowohl im Rahmen der Prüfung der allgemeinen Erlaubnisfähigkeit als auch als ein Kriterium von mehreren im Rahmen der Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Bestandsspielhallen ist anders gelagert. Denn gerade die Zielvorgaben des neuen Spielhallenrechts legitimieren die neue strengere Regulierung in ihrer Gesamtheit.<sup>34</sup> Sie ziehen sich wie ein roter Faden durch die gesetzlichen Vorgaben und es wäre demgemäß sogar systemwidrig, ihnen im Rahmen der Auswahlentscheidung jegliche Bedeutung abzusprechen. Dies gilt umso mehr als den Zielen des Gesetzes auch nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Bedeutung im Auswahlverfahren zukommen soll, was in der praktischen Umsetzung nur bedeuten kann, dass sich die Bereitschaft zu gesetzeskonformem Verhalten als ein zulässiges Auswahlkriterium darstellt.

---

<sup>32</sup> HessVGH, Urteil vom 15.10.2014, Rdnrn. 79 ff.

<sup>33</sup> EuGH, Urteil vom 24.1.2008 - C-532/06 -, juris Rdnrn. 26 ff.

<sup>34</sup> Krüper, Marktberingung unter Wesentlichkeitsvorbehalt, GewA 2017, 257, 265

3.1.2.3 Indes darf dies nicht zu der Annahme verleiten, dass jegliche in der Vergangenheit festgestellte Nichtbeachtung einer Vorgabe des neuen Spielhallenrechts geeignet sein kann, in einem Auswahlverfahren zum Tragen zu kommen. Die Vorschriften des Saarländischen Spielhallengesetzes enthalten eine Vielzahl von Anforderungen, denen ein Betreiber gerecht zu werden hat, deren Bedeutung für die angestrebte Erreichung der in § 1 formulierten Ziele aber von durchaus unterschiedlichem Gewicht sein kann. Die Verfehlungen müssen ihrem Gegenstand nach geeignet sein, Rückschlüsse auf das Maß der zu erwartenden Rechtstreue der jeweiligen Konkurrenten zu tragen. Sie sollten daher von einem gewissen Gewicht sein. Denn ein auf Unzulänglichkeiten der Vergangenheit gestütztes Unterliegen in der Auswahlentscheidung ist für den Betroffenen wegen des völligen oder teilweisen Verlusts der beruflichen Betätigungsmöglichkeit von erheblichem Gewicht<sup>35</sup> und kommt in den faktischen Auswirkungen einer Verneinung der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit gleich, die, soweit sie auf Fehlverhalten gestützt wird, strengen Anforderungen unterliegt.

Vor diesem Hintergrund ist Mindestvoraussetzung der Beachtlichkeit einer Verfehlung im Auswahlverfahren, dass sie in § 11 SSpG als Ordnungswidrigkeit gelistet und demgemäß bußgeldbewehrt ist. Nicht zwingend erforderlich ist in Fällen, in denen der Sachverhalt geklärt ist, also der Rechtsverstoß als solcher feststeht, dass tatsächlich ein Ordnungswidrigkeitenverfahren durchgeführt und ein Bußgeld verhängt worden ist.

Zudem muss eine Zuwiderhandlung, um in einem Auswahlverfahren aussagekräftig sein zu können, eine gewisse Aktualität aufweisen.

In zeitlicher Hinsicht enthält das allgemeine Gewerberecht Vorgaben zur Verwertbarkeit bzw. zur Dauer der Aussagekraft früheren Fehlverhaltens. Die entsprechenden Regelungen der Gewerbeordnung erlauben damit Rückschlüsse darauf, welche Verfehlungen der Vergangenheit hinreichend

---

<sup>35</sup> BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017, a.a.O., Rdnr. 183

aktuell sind und daher im Rahmen der Auswahlentscheidung Berücksichtigung finden können. So begründet § 153 Absätze 6 und 7 GewO ein grundsätzlich absolutes Verwertungsverbot für im Zusammenhang mit der gewerblichen Tätigkeit stehende getilgte und tilgungsreife Bußgeldentscheidungen sowie für Bußgeldentscheidungen über Ordnungswidrigkeiten, die wegen Unterschreitung der Eintragungsgrenze von 200 Euro (§ 149 Abs. 2 Nr. 3 GewO) nicht in das Gewerbezentralregister eingetragen worden sind.<sup>36</sup>

In Bezug auf Bußgeldentscheidungen, bei denen die Geldbuße nicht mehr als 200 Euro beträgt, greift gemäß § 153 Abs. 7 GewO nach drei Jahren seit Eintritt der Rechtskraft ein Verwertungsverbot. Die Tilgungsfrist für Bußgeldentscheidungen, mit denen eine Geldbuße von mehr als 200 Euro und nicht mehr als 300 Euro verhängt worden ist, beläuft sich auf drei Jahre (§§ 153 Abs. 1 Nr. 1, 149 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GewO), bei höheren Geldbußen (§§ 153 Abs. 1 Nr. 2, 149 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 GewO) und bei den in § 149 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GewO bezeichneten strafgerichtlichen Verurteilungen (§ 153 Abs. 2 Satz 1 GewO) auf fünf Jahre.

Transferiert man dies auf die Auswahlentscheidung, so sind in die zwecks der Prognose der künftigen Konformität mit den Zielen des Glücksspielstaatsvertrags vorzunehmende vergleichende Betrachtung der bisherigen Gesetzestreue der Betreiber konkurrierender Bestandsspielhallen nur Verfehlungen einzubeziehen, die, sofern sie als Ordnungswidrigkeit mit einer 300 Euro übersteigenden Geldbuße bzw. als Straftat geahndet worden sind, im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung nicht mehr als fünf Jahre und im Übrigen nicht mehr als drei Jahre seit Eintritt der Rechtskraft zurückliegen. Bei Rechtsverstößen, die zwar als solche feststehen, aber - aus welchen Gründen auch immer - nicht zum Anlass eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens genommen wurden, dürfen im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung seit der Begehung des Rechtsverstößes in entsprechender Anwendung des § 153 Abs. 7 GewO nicht mehr als drei Jahre vergangen sein. In die Richtung der Maßgeblichkeit eines Zeitraums von drei Jahren für nicht geahndete

---

<sup>36</sup> Landmann/Rohmer, GewO, Kommentar, Bd. 1, § 153 Rdnr. 9

Ordnungswidrigkeiten weist auch die Wertung des (Bundes-)Gesetzgebers, wonach die gewerberechtliche Regelvermutung der Unzuverlässigkeit infolge bestimmter gravierender Strafverurteilungen zwar nach den §§ 34b Abs. 4 Nr. 1, 34c Abs. 2 Nr. 1, 34d Abs. 2 Nr. 1, 34e Abs. 2 i.V.m. 34d Abs. 2 Nr. 1, 34f Abs. 2 Nr. 1 GewO hinsichtlich aller dort aufgeführten Gewerbe fünf Jahre beträgt, während nach den vorliegend sachnäheren §§ 33i Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. 33d Abs. 3 Satz 2 und 33c Abs. 2 Nr. 1 GewO für die Betreiber von Spielhallen und gemäß § 33c Abs. 2 Nr. 1 GewO für die Aufsteller von Geldspielgeräten nur eine Frist von drei Jahren gilt. Diese auf gravierende Straftaten bezogene Wertung legt es im Zusammenspiel mit dem hinsichtlich nicht eintragungspflichtiger Bußgeldentscheidungen nach drei Jahren greifenden Verwertungsverbot des § 153 Abs. 7 GewO nahe, dass nicht geahndete, aber in den Akten dokumentierte Verfehlungen nur in den Blick genommen werden, wenn sie im Zeitpunkt der Auswahlentscheidung nicht mehr als drei Jahre zurückliegen.

3.1.2.4 Die Anwendungshinweise der Fachaufsicht vom 26.10.2017 betreffend Auswahlentscheidungen unter dem Aspekt konkurrierender Anträge sind gemessen an Vorgesagtem zumindest unvollständig und lenken das Ermessen der Behörde einseitig in eine bestimmte Richtung, die dem Willen des Gesetzgebers und dem Gesetzesverständnis des Bundesverfassungsgerichts nicht gerecht wird.

Das Verwaltungsgericht hat zur Relevanz der Verwirklichung der Ziele des § 1 Abs. 1 SSpG ausgeführt<sup>37</sup>, dass den Härtefallkriterien zwar nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durchaus erhebliches Gewicht beizumessen sei, dass dies aber nicht bedinge, dass bei Bejahung eines Härtefalls alle anderen Kriterien automatisch zurückzutreten hätten. Gesichtspunkte etwa des Jugend- oder Spielerschutzes, aber auch eine vergleichsweise höhere Zuverlässigkeit eines Betreibers usw. könnten bei einer Auswahlentscheidung im Vergleich zu den in § 12 Abs. 2 SSpG genannten Härtefallkriterien im Einzelfall vorzugswürdig sein mit der Folge, dass der vorzugswürdigen Spielhalle ungeachtet von Härtefallkriterien eine Erlaubnis zu

---

<sup>37</sup> VG des Saarlandes, Beschluss vom 4.9.2017 – 1 L 1244/17 –, juris, Rdnrn. 29 f.

erteilen wäre und dem Mitbewerber, der die Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 SSpielhG erfüllt, darüber hinaus eine befristete weitere Erlaubnis unter Befreiung von den Erfordernissen des § 3 Abs. 2 SSpielhG erteilt werden könne. Die Härtefallregelung diene vornehmlich der Wahrung individuellen Vertrauensschutzes und allenfalls mittelbar der Lösung von Interessenkollisionen.

Diese Argumentation scheint von der Fachaufsicht bei Erlass der Anwendungshinweise vom 26.10.2017 grundsätzlich missverstanden worden zu sein.

So heißt es in den Anwendungshinweisen, in der Auswahlentscheidung seien die im Spielhallengesetz genannten Rahmenbedingungen und Kriterien maßgeblich zu berücksichtigen. Insbesondere seien folgende im Gesetz ausdrücklich benannten Aspekte heranzuziehen: Kanalisierung des Glücksspielangebotes in legale Spielangebote, Jugend- und Spielerschutz, Kriminalprävention, Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit, Abwehr einer Gefährdung der Jugend, Abwehr der übermäßigen Ausnutzung des Spieltriebs, Schutz vor Geräuschemissionen (BlmSchG), Schutz vor unzumutbaren Belästigungen für die Allgemeinheit, die Nachbarn bzw. einer im öffentlichen Interesse bestehenden Einrichtung. Ergänzend seien nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts grundrechtsrelevante Vorbelastungen und der Gesichtspunkt der bestmöglichen Ausschöpfung der Standortkapazität heranzuziehen.

Die vom Bundesverfassungsgericht mit dem Zusatz „zunächst“ angeführte Möglichkeit einer Konturierung der Auswahlkriterien durch Rückgriff auf die Regelung zur Härtefallbefreiung findet in der Aufzählung der für die Auswahl heranzuziehenden Aspekte ebenso wenig Erwähnung wie die in der Gesetzesbegründung genannten Gesichtspunkte, die je nach Sachlage im Einzelfall in die Erwägungen einzustellen seien.

Dies legt die Annahme nahe, dass Härtefallgesichtspunkten nach (aktuellem) Dafürhalten der Fachaufsicht keine eigenständige Bedeutung (mehr) zukommen soll. Lediglich unter dem Stichwort „grundrechtsrelevante Vorbelastungen“, die „ergänzend“ zu berücksichtigen seien, heißt es, diese seien im Wesentlichen unter dem Aspekt der Härtefallregelungen nach § 12 SSpG zu betrachten, wobei grundrechtsrelevante Vorbelastungen auch unterhalb der Schwelle zum Härtefall bestehen könnten. Sodann werden die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts dahin interpretiert, dass unter dem Prüfpunkt „grundrechtsrelevante Vorbelastungen“ verschiedene Fragestellungen zu berücksichtigen seien, die wie folgt aufgelistet werden: Handelt es sich um einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb? Dauer der Tätigkeit? (Arg. § 29 Abs. 4 Satz 4 Hs. 2 GlStV) Gibt es personelle und/oder gesellschaftsrechtliche Verflechtungen zu anderen Unternehmen im Spielhallenbereich? Wird lediglich eine einzelne Spielhalle betrieben? Ist das Unternehmen im Rahmen seiner ausgeübten Tätigkeit allein auf die vorhandene Spielhalle angewiesen? Abgesehen allenfalls von den letzten beiden Fragen erschließt sich nicht, inwiefern deren Beantwortung Aufschluss über eine Betroffenheit unter den Härtefallgesichtspunkten des § 12 Abs. 2 SSpG sollte geben können.

Damit setzen die Anwendungshinweise vom 26.10.2017 die Gesetzeslage allenfalls in Teilaspekten um und bieten dem Antragsgegner daher keine vollumfänglich belastbare Orientierungshilfe für die von ihm zu treffende Auswahl zwischen konkurrierenden Bestandsspielhallen.

3.1.3 Schließlich betont das Bundesverfassungsgericht das aus den Grundrechten hergeleitete Gebot der bestmöglichen Ausschöpfung der Standortkapazität. Auch ohne ausdrückliche gesetzgeberische Vorgabe zur Frage, von welchem Fixpunkt die Auswahlentscheidung auszugehen habe, sei die Behörde gehalten, sich eines Verteilmechanismus zu bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermögliche.

Zur Umsetzung dieser Vorgabe ist in den Anwendungshinweisen vom 26.10.2017 die Bildung sogenannter Cluster vorgesehen, die Aufschluss darüber geben sollen, ob innerhalb eines Radius von 500 m um eine Spielhalle konkurrierende Anträge gestellt werden. Diese Vorgabe und insbesondere ihre praktische Umsetzung in den Auswahlverfahren werden mit der Beschwerde nicht angegriffen. Damit erübrigen sich weitere Erwägungen hierzu.

3.1.4 Die anhand der vorstehend dargelegten Parameter zu treffende Auswahlentscheidung ist eine (nur) nach Maßgabe des § 114 VwGO der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegende Ermessensentscheidung der Behörde.

Ob einer Behörde bei ihrer Entscheidung Ermessen zusteht, muss aus dem anzuwendenden Gesetz durch Auslegung erschlossen werden. Die Formulierung „kann“ ist häufig ein Indiz für einen Ermessensspielraum.<sup>38</sup> Da das Saarländische Spielhallengesetz das Auswahlverfahren in Konkurrenzsituationen zwischen Bestandsspielhallen, die zueinander den Mindestabstand von 500 m Luftlinie nicht einhalten, nicht ausdrücklich regelt, ist hinsichtlich der Frage, ob die behördliche Auswahlentscheidung der uneingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Prüfung unterliegt oder der Behörde ein Ermessensspielraum zusteht, auf den Zweck, den Sinnzusammenhang und die Vorgeschichte des Auswahlverfahrens abzustellen.<sup>39</sup>

Allein das Fehlen einer näheren Normierung spricht bereits dafür, dass die zu treffende Auswahlentscheidung in das Ermessen der Behörde gestellt ist.<sup>40</sup> Dass dies der Fall ist, ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung: Dort heißt es unter Hinweis auf die komplexe Ausgangssituation insbesondere hinsichtlich miteinander konkurrierender Spielhallen, die die gesetzlichen Abstandsvoraussetzungen nicht erfüllen, und die einer weiteren Konkretisierung der Befreiungsvoraussetzungen entgegenstehe, in die Erwägungen könnten je

<sup>38</sup> Stuhlfauth in Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, VwGO, 6. Aufl., § 114 Rdnr. 6

<sup>39</sup> vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a. –, juris, Rdnr. 182

<sup>40</sup> Kopp/Schenke, VwGO, 13. Auflage, § 114 Rdnr. 1a

nach Sachlage im Einzelfall der Zeitpunkt der Erlaubniserteilung, Art und Ausmaß getätigter Investitionen, konkrete Abschreibungsfristen, Zahlungsverpflichtungen und Laufzeiten aus Darlehens- oder Mietverträgen sowie konkrete Möglichkeiten anderweitiger Nutzungen etc. eingestellt werden. Ausweislich dieser Ausführungen hat der Gesetzgeber bewusst davon abgesehen, die zur Auswahlentscheidung berufene Behörde durch eine abschließende Benennung oder gar Gewichtung von Auswahlkriterien gesetzlich zu binden, um ihr einen Entscheidungsspielraum zu belassen, in dessen Rahmen die Erlaubnisbehörde – wie für eine Ermessensentscheidung typisch – sachgerechte Kriterien wie die in der Gesetzesbegründung beispielhaft genannten je nach Sachlage im Einzelfall in ihre Erwägungen einzustellen und abzuwägen hat.

Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in dem Beschluss vom 7. März 2017 bestätigen diese Sichtweise. Das Bundesverfassungsgericht nennt die wesentlichen dem Saarländischen Spielhallengesetz zu entnehmenden Parameter der Auswahlentscheidung<sup>41</sup> und geht insoweit davon aus, dass der Gesetzgeber „die Bewältigung der vielgestaltigen Auswahlkonstellationen anhand sachgerechter Kriterien den zuständigen Behörden überlassen“ durfte<sup>42</sup>, welche eine komplexe Abwägungsentscheidung zu treffen habe, bei der sie „den genannten Rahmen“<sup>43</sup> – gemeint sind die zuvor angeführten Parameter der Auswahlentscheidung – beachten müsse. Damit wird der typische Vorgang einer Ermessensentscheidung beschrieben.

3.1.5 Ausgehend von den vorstehend dargelegten Erwägungen hält die vom Antragsgegner getroffene Auswahlentscheidung einer auf den in § 114 VwGO vorgegebenen Umfang beschränkten Rechtmäßigkeitsprüfung nicht stand.

Zur Begründung seiner Auswahlentscheidung hat der Antragsgegner im Bescheid vom 8.12.2017 allein auf die Qualität der Betriebsführung, konkret auf eine Vielzahl der Antragstellerin zur Last gelegter Rechtsverstöße, als

---

<sup>41</sup> BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a. –, juris, Rdnr. 184

<sup>42</sup> BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 a.a.O., juris-Rdnr. 185

<sup>43</sup> BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017, a.a.O. juris-Rdnr. 186

maßgebliches Auswahlkriterium abgestellt. Dem Auswahlparameter der Härtefallgesichtspunkte nach § 12 Abs. 2 SSpielhG, auf den nach dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7. März 2017 zur Konturierung der Auswahlkriterien „zunächst“ zurückgegriffen werden kann<sup>44</sup>, indem das Maß der jeweiligen Betroffenheit in der grundgesetzlich geschützten Berufsfreiheit ermittelt wird und jeweils in Relation zur Betroffenheit des Konkurrenten zu setzen ist, wird in der Entscheidungsbegründung kein eigenständiges Gewicht beigemessen. Die lediglich floskelhafte Feststellung, nach wertender Betrachtung auch aller übrigen, gesetzlich vorgegebenen Gesichtspunkte und unter Beachtung der Umstände des konkreten Einzelfalls – ohne Außerachtlassung der von der Antragstellerin dargelegten wirtschaftlichen Situation und grundrechtsrelevanter Vorbelastungen – habe keine Auswahlentscheidung zugunsten der Antragstellerin getroffen werden können, ändert an diesem Befund nichts. Vor diesem Hintergrund kann der Feststellung des Verwaltungsgerichts, der Antragsgegner habe ausweislich des angefochtenen Bescheides auch die wirtschaftliche Lage der Antragstellerin und ihrer Konkurrentin und die sonstigen maßgeblichen Parameter in die Auswahlentscheidung einbezogen, nicht gefolgt werden. Im Gegenteil belegt die im Bescheid des Antragsgegners getroffene Feststellung, die mit der Schließung verbundenen wirtschaftlichen Einbußen und sonstigen Belastungen könnten regelmäßig eine Härte nicht begründen und nicht zu einem Erfolg im Auswahlverfahren führen, dass der Antragsgegner Härtefallgesichtspunkte bei der von ihm getroffenen Auswahlentscheidung ausgeblendet hat. Damit hat der Antragsgegner – wenngleich auf der Grundlage der aus den oben unter 3.1.2.4 aufgeführten Gründen den gesetzlichen Vorgaben nicht hinreichend Rechnung tragenden Anwendungshinweise der Fachaufsicht vom 26.10.2017 – ein wesentliches Entscheidungskriterium – siehe oben unter 3.1.1 und 3.1.2.4 – außer Acht gelassen.

Eine in das Ermessen der Behörde gestellte Verwaltungsentscheidung, bei der wesentliche nach dem Zweck der Ermessensermächtigung für die Entscheidung relevante Gesichtspunkte unberücksichtigt geblieben sind, ist mit

---

<sup>44</sup> BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a. –, juris-RdNr. 184

§ 114 Satz 1 VwGO nicht vereinbar und daher (im Hauptsacheverfahren) aufzuheben<sup>45</sup>. Dies wird fallbezogen mangels jedweder Anhaltspunkte für eine Ermessensreduzierung auf Null in dem Sinne, dass allein eine Auswahlentscheidung zu Gunsten oder zu Ungunsten der Antragstellerin als einzig rechtmäßige Entscheidung in Betracht käme, zur Folge haben, dass der Antragsgegner eine erneute Auswahlentscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats treffen müssen, und bedeutet für das vorliegende Eilrechtsschutzverfahren, dass er vorläufig bis zu diesem Zeitpunkt den Weiterbetrieb der von der Antragstellerin präferierten Spielhalle zu dulden hat.

Hinsichtlich der demnach erforderlichen Neubescheidung im Auswahlverfahren besteht mit Rücksicht auf die von der Antragstellerin ausdrücklich gerügten<sup>46</sup> Ausführungen des Verwaltungsgerichts auf Seite 12 des angefochtenen Beschlusses Anlass zu dem Hinweis, dass der Senat der dort vertretenen Auffassung, im Hinblick auf den Aspekt einer möglichen Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz sei im Falle einer juristischen Person als Betreiberin von Spielhallen maßgeblich auf die dahinter stehenden natürlichen Personen abzustellen, nicht zu folgen vermag. Diese – vom Verwaltungsgericht im Übrigen rechtlich nicht näher begründete – Sichtweise findet weder im Gesellschaftsrecht, noch im Saarländischen Spielhallengesetz, noch im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7. März 2017<sup>47</sup> eine Stütze. Beteiligter im Auswahlverfahren ist der jeweilige Spielhallenbetreiber. Dessen wirtschaftliche Existenz wird durch die zu treffende Auswahlentscheidung potentiell betroffen. Sachgerecht ist daher allein auf die wirtschaftliche Betroffenheit des Betreibers der Spielhalle abzustellen. Dies ist fallbezogen die in der Rechtsform einer GmbH gewerbetreibende Antragstellerin, die als rechtsfähige juristische Person auch Beteiligte des vorliegenden Verfahrens ist. Allein ihre wirtschaftliche Existenz ist daher im Rahmen der Auswahlentscheidung in den Blick zu nehmen und nicht diejenige „dahinter stehender natürlicher Personen“, etwa des Geschäftsführers, der nach § 38

---

<sup>45</sup> BVerwG, Urteil vom 11.5.2016 – 10 C 8.15 –, juris, Rdnr. 13

<sup>46</sup> Seite 30, Nr. 2 der Beschwerdebeurteilung

<sup>47</sup> BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 –, juris

Abs. 1 GmbHG in der Regel jederzeit abberufen werden kann. Dies wird der Antragsgegner bei der neu zu treffenden Auswahlentscheidung, über deren Notwendigkeit die Konkurrentin der Antragstellerin zu unterrichten sein wird, zu beachten haben.

3.2 Ein Anordnungsanspruch auf Duldung des Weiterbetriebs auch der nicht präferierten Einzelspielhalle unter dem Gesichtspunkt des Bestehens eines Erlaubnisanspruchs unter Härtefallgesichtspunkten ist demgegenüber zu verneinen.

Dem Verwaltungsgericht ist zunächst darin zuzustimmen, dass der gesetzlichen Konzeption der §§ 2 und 12 SSpG zu entnehmen ist, dass die Behörde in Fällen, in denen mehrere Bestandsspielhallen, die zueinander den Mindestabstand von 500 m nicht einhalten und jeweils einen Antrag auf Erlaubnis zum Weiterbetrieb über den 30.6.2017 hinaus gestellt haben, zunächst eine Auswahlentscheidung zu treffen hat, diese Auswahlentscheidung mithin einer etwaig beantragten Härtefallentscheidung vorgelagert ist.<sup>48</sup> Für den Fall, dass einem Betreiber durch eine zu seinen Lasten ergehende Auswahlentscheidung einseitig ein ggfs. gleichheitswidriges Sonderopfer auferlegt würde, wird in der Gesetzesbegründung auf die Möglichkeit eines Dispenses nach Maßgabe des § 12 Abs. 2 Satz 1 SSpG verwiesen, die greifen soll, weil sonst eine durch erhebliche Eigenleistung erworbene eigentümergeleiche Rechtsposition entzogen würde. Erst wenn ein Spielhallenbetreiber im Auswahlverfahren bzw. in der inkludierten Dispensbetrachtung ohne Erfolg bleibt, ist über einen etwaig seinerseits gestellten Befreiungsantrag nach § 12 Abs. 2 Satz 1 SSpG zu entscheiden. Ist gleichzeitig eine Befreiung vom Verbundverbot beantragt, darf die auf das Abstandsgebot bezogene Prüfung nicht mit der Prüfung der strengeren Kriterien des § 12 Abs. 2 Satz 2 SSpG verquickt werden. Da eine Befreiung vom Verbundverbot denotwendig voraussetzt, dass eine der zugehörigen Einzelspielhallen eine reguläre Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 SSpG oder

---

<sup>48</sup> VG des Saarlandes, Beschluss v. 4.9.2017 – 1 L 1244/17 –, juris, Rdnrn. 24 ff.

zumindest eine Befreiung vom Abstandsgebot beanspruchen kann, ist die diesbezügliche Rechtsprüfung nachgelagert.

Fallbezogen führt diese Prüfungssystematik zu folgender Betrachtung: Da die Antragstellerin – wie unter Gliederungspunkt 3.1.5 ausgeführt – bezüglich der von ihr präferierten Einzelspielhalle einen Anspruch auf erneute Durchführung des Auswahlverfahrens hat und insoweit mit ihrem Antrag auf weitere Duldung des Spielhallenbetriebs bis zu einer unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu treffenden neuen Auswahlentscheidung erfolgreich ist, stellt sich bezüglich dieser Spielhalle die Frage einer Befreiung vom Abstandsgebot (das Verbundverbot steht dem Weiterbetrieb dieser Einzelspielhalle ohnehin nicht entgegen) derzeit nicht. Der Antragsgegner wird eine Befreiung vom Abstandsgebot wegen unbilliger Härte hinsichtlich der präferierten Einzelspielhalle (erst bzw. nur dann) erneut zu prüfen haben, wenn die Antragstellerin in dem neuen Auswahlverfahren aufgrund einer ermessensfehlerfreien, der Rechtsauffassung des Senats Rechnung tragenden Auswahlentscheidung – trotz der für sie streitenden besonderen wirtschaftlichen Betroffenheit, die sich schon aus dem Umstand ergibt, dass die Antragstellerin allein die hier streitgegenständliche Verbundspielhalle betreibt, – unterliegen sollte.

Der Antrag, den Weiterbetrieb auch der zweiten – im baulichen Verbund mit der präferierten Spielhalle betriebenen – Einzelspielhalle der Antragstellerin zu dulden, kann demgegenüber nur dann Erfolg haben, wenn der Antragstellerin hinsichtlich dieser Spielhalle ein Anspruch auf Befreiung vom Verbundverbot wegen unbilliger Härte zuzuerkennen ist. In diesem Fall würde diese zweite Einzelspielhalle hinsichtlich der Abstands- und Auswahlproblematik das weitere rechtliche Schicksal der präferierten Einzelspielhalle teilen.

3.2.1 Der Antragstellerin steht hinsichtlich der nicht präferierten zweiten Einzelspielhalle in der B... L...straße 15 in A-Stadt kein Anspruch auf Befreiung vom Verbundverbot nach Maßgabe des § 12 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Satz 1 SSpiegelhG zu. § 12 Abs. 2 Satz 2 SSpiegelhG knüpft an die für eine Befreiung vom

Abstandsgebot geltenden Voraussetzungen des § 12 Abs. 2 Satz 1 SSpielhG an und normiert für eine Befreiung vom Verbundverbot – zusätzlich – die in den Nrn. 1 und 2 genannten – gegenüber denjenigen einer Abstandsbefreiung strengeren – Voraussetzungen.

3.2.1.1 Dass die Antragstellerin die allgemeinen Erlaubnisvoraussetzungen, mithin die Anforderungen des § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 der Vorschrift erfüllt, steht außer Streit.

3.2.1.2 Im Sinn des Satzes 1 Nr. 2 darf ein Spielhallenbetreiber auf den Bestand der ursprünglichen nach § 33i GewO erteilten Erlaubnis vertrauen, wenn diese entweder unbefristet oder befristet mit einer über den 30.6.2017 hinausreichenden Geltungsdauer erteilt war. Die gewerbliche Betätigung ist unter Abwägung mit öffentlichen Interessen und den Zielen des § 1 Abs. 1 schutzwürdig, soweit sie Dispositionen bzw. unternehmerische Entscheidungen zum Gegenstand hat, die zu einem Zeitpunkt erfolgt sind, zu dem noch auf den Fortbestand der Erlaubnis über den 30.6.2017 hinaus vertraut werden durfte, also vor dem 28.10.2011. Spätere Dispositionen sind in Kenntnis der bevorstehenden Rechtsänderung getroffen worden und daher in der Abwägung mit öffentlichen Interessen und den Zielen des § 1 Abs. 1 SSpielhG nicht mehr schutzwürdig.

Das Vertrauen der Antragstellerin in den Bestand der ihr am 16.9.2010 als unbefristete Erlaubnis nach § 33i GewO erteilten Konzession ist unter Abwägung öffentlicher Interessen und der Ziele des § 1 Abs. 1 SSpielhG schutzwürdig. Dies gilt allerdings nicht, soweit die Antragstellerin nach Aktenlage während der fünfjährigen Übergangsfrist bezüglich des Standorts B... L...straße 15 in A-Stadt neue Verbindlichkeiten eingegangen ist, die über diesen Zeitraum hinauswirken.

Abgesehen hiervon gilt in Bezug auf den Prüfpunkt unzumutbarer, noch aus vertrauensgeschützten Dispositionen herrührender Belastungen, dass § 12 Abs.

2 Satz 2 SSpielhG an die Schutzwürdigkeit des Vertrauens im Sinn der Nr. 2 zusätzliche Anforderungen stellt, die nicht glaubhaft gemacht sind.

So ist das Vertrauen nach Satz 2 der Vorschrift in der Regel nur schutzwürdig, wenn eine unbefristete Erlaubnis nach § 33i GewO vor dem 28.10.2011 erteilt und in Anspruch genommen wurde (Satz 2 Nr. 1), was heißt, dass Gegenstand des Vertrauens nur eine unbefristet erteilte Erlaubnis sein kann und dass die Spielhalle am Stichtag bereits in Betrieb gewesen sein muss; weitere zusätzliche Voraussetzung ist, dass der Erlaubnisinhaber im Vertrauen auf die Erlaubnis Vermögensdispositionen getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann (Satz 2 Nr. 2). Damit ist bereits auf der Prüfungsebene der Schutzwürdigkeit eines betätigten Vertrauens erforderlich, dass die Dispositionen, die ohne die Befreiung entwertet würden, unter zumutbaren Umständen zum 30.6.2017 nicht rückgängig zu machen waren und auch im Nachhinein nicht mehr rückgängig zu machen sind. Gelingt dem Betreiber nicht, dies glaubhaft zu machen bzw. gegebenenfalls den entsprechenden Nachweis zu führen, so kommt es auf der Prüfebene des § 12 Abs. 2 SSpielhG auf die Höhe und Laufzeit der durch diese Dispositionen bedingten Verbindlichkeiten sowie auf die durch diese bewirkte wirtschaftliche Betroffenheit des Unternehmens nicht mehr an, d.h. eine Berücksichtigung der Dispositionen im Rahmen der Prüfung einer Härtefallbefreiung nach Maßgabe des § 12 Abs. 2 SSpielhG scheidet bereits mangels Schutzwürdigkeit des betätigten Vertrauens aus.

3.2.1.3 Des Weiteren muss die Befreiung gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 Nr. 3 SSpielhG zur Vermeidung einer unbilligen Härte erforderlich sein.

Zunächst reicht für die Annahme einer unbilligen Härte nicht aus, dass dem Betreiber im Fall der Versagung der Befreiung die Möglichkeit genommen wird, aus einer nicht mehr gesetzeskonformen Spielhalle künftig Einnahmen zu rekrutieren. Denn der durch § 3 Abs. 2 SSpielhG bewirkte Verlust einer Einnahmemöglichkeit ist keine atypische Folge der Umsetzung des

Abstandsgebots oder des Verbundverbots, sondern eine unvermeidbare Konsequenz der Neuregelung, die dem Gesetzgeber bewusst war. Der Betreiber muss vielmehr über den Verlust von Gewinnerzielungsmöglichkeiten hinaus mit Belastungen infolge der Schließung konfrontiert sein, die ihm unter den Umständen des Einzelfalls ein Sonderopfer auferlegen, das ihm auch unter Berücksichtigung des Allgemeininteresses von seinem Ausmaß her ausnahmsweise nicht zumutbar ist.

Klarstellend ist ferner darauf hinzuweisen, dass sich die Relevanz des Vorhalts, es sei versäumt worden, den fünfjährigen Übergangszeitraum bis zum 30.6.2017 zur Umstrukturierung bzw. schonenden Abwicklung des Unternehmens zu nutzen, und schon wegen dieses Versäumnisses könne eine Härtefallbefreiung nicht beansprucht werden, danach bestimmt, ob Befreiung vom Abstandsgebot oder vom Verbundverbot begehrt wird.

Hinsichtlich eines Antrags auf Befreiung vom Abstandsgebot muss – die Relevanz dieses Vorhalts von vornherein einschränkend – in den Blick genommen werden, dass dieser überhaupt nur zur Entscheidung ansteht, wenn der betroffene Spielhallenbetreiber bei der vorgelagerten Auswahlentscheidung zwischen mehreren Bestandsspielhallen, die innerhalb eines Radius von 500 m gelegen sind und daher um die Erlaubnisfähigkeit nach neuem Recht konkurrieren, nicht zum Zuge gekommen ist. In diesem Zusammenhang ist zu sehen, dass das saarländische Landesrecht – anders etwa als § 9 Abs. 4 HmbSpielhG – die für die Auswahlentscheidung maßgeblichen Kriterien nicht ausdrücklich im Gesetz vorgibt und die entsprechenden und zudem – wie aufgezeigt – in weiten Teilen zu beanstandenden Anwendungshinweise erst unter dem 26.10.2017 ergangen sind. Überdies dürften einem Spielhallenbetreiber die auswahlrelevanten Verhältnisse konkurrierender Bestandsspielhallen, insbesondere in wirtschaftlicher Hinsicht, regelmäßig nicht bekannt gewesen sein.

Ein Spielhallenbetreiber konnte unter diesen Gegebenheiten im Fall einer Abstandskollision während des Fünfjahreszeitraums nicht annähernd

verlässlich abschätzen, ob er oder ein Konkurrent nach Ablauf der Übergangsfrist eine reguläre Erlaubnis erhalten wird. Dies relativiert die Zumutbarkeit einer frühzeitigen Neuausrichtung, insbesondere in Gestalt einer schonenden Abwicklung einer Betriebsstätte, von vornherein. Grundsätzlich konnte jeder der Konkurrenten die Hoffnung hegen, schon im Rahmen der Auswahlentscheidung zum Zuge zu kommen und deshalb einer Härtefallbefreiung nicht zu bedürfen.

Anders verhält es sich bei der – wie oben dargelegt – fallbezogen allein in Betracht zu ziehenden Befreiung vom Verbundverbot, denn seit dem 28.10.2011 musste allen Betreibern einer Verbundspielhalle bewusst sein, dass sie für den Weiterbetrieb nach dem – durch den Ablauf der Übergangsfrist bedingten – Erlöschen ihrer Alterlaubnisse keine neue reguläre Spielhallenerlaubnis mehr erhalten werden. Sie mussten daher einkalkulieren, dass ein Weiterbetrieb allenfalls im Wege einer Härtefallbefreiung möglich sein wird, und hatten daher – was im Übrigen auch die strenge Regelung des § 12 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SSpG rechtfertigt – schon während des fünfjährigen Übergangszeitraums Veranlassung, alle über den 30.6.2017 fortwirkenden und mit weiter zu bedienenden Verbindlichkeiten einhergehenden Dispositionen auf den Prüfstand zu stellen und sie möglichst an die bevorstehende Änderung der Rechtslage anzupassen.

Hieran knüpft die Rechtsprechung anderer Obergerichte<sup>49</sup> zu deren jeweiligen Landesrecht an. Nach dieser Rechtsprechung führt die Feststellung, dass ein eine Befreiung vom Verbundverbot beantragender Spielhallenbetreiber nicht bereits in der Vergangenheit vorausschauend agiert hat, vielmehr davon abgesehen hat, den fünfjährigen Übergangszeitraum zu Umstrukturierungsmaßnahmen bzw. zu einer schonenden Abwicklung des Standorts zu nutzen, – ungeachtet einer etwaigen Gefährdung der Existenz des Unternehmens – zur Versagung der Befreiung, da die behauptete absehbar zu

<sup>49</sup> OVG Niedersachsen, Urteil vom 12.7.2018 – 11 LC 400/17 –, juris, Rdnrn. 69 f. und 79; Hamburgisches OVG, Beschluss vom 9.7.2018 – 4 Bs 12/18 –, juris, Rdnr. 118 f. (zur Befreiung vom Abstandsgebot); Hessischer VGH, Beschluss vom 12.6.2018 – 8 B 1903/17 –, juris, Rdnr. 42 f.; OVG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 23.4.2018 – 1 M 31/18 –, juris; Thüringisches OVG, Beschluss vom 23.3.2018 – 3 EO 640/17 –, juris, Rdnr. 38 (zur Befreiung vom Abstandsgebot); Sächsisches OVG, Beschluss vom 7.12.2017 – 3 B 303/17 –, juris, Rdnrn. 20 ff.

erwartende Härte in Gestalt der Insolvenz sich nicht als unvermeidbar und damit nicht als unbillig darstelle.

Diese Sichtweise lässt sich unter der Geltung des § 12 Abs. 3 SSpG nicht vorbehaltlos auf die im Saarland maßgebliche Rechtslage übertragen.<sup>50</sup>

Im Saarland kann § 12 Abs. 3 SSpG den Weg zu einer Befreiung im Einzelfall ausnahmsweise auch dann ebnen, wenn zwar nicht alle Voraussetzungen eines Härtefalls, wie sie landesgesetzlich in § 12 Abs. 2 SSpG umrissen sind, vollständig erfüllt sind, der Spielhallenbetreiber aber zur Unterfütterung seines Befreiungsbegehrens realisierbare Umstrukturierungs- und/oder Neuausrichtungsvorstellungen entwickelt hat, mittels derer eine sonst erforderliche Schließung des Standorts und eine daraus folgende Gefährdung der Existenz des Unternehmens im Wege einer die Ziele des § 1 berücksichtigenden und daher möglichst zeitnahen Anpassung an das neue Recht abgewendet werden kann, indem anlässlich der Befreiungsentscheidung ein Konzept festgeschrieben wird, dass eine gegebenenfalls schrittweise vorgesehene weitere Anpassung bereits fest einbindet. Dabei kommt der Sicherstellung einer möglichst zügigen Umsetzung des neuen Rechts im Rahmen der Abwägung der gegenläufigen Interessen besonderes Gewicht zu, wenn der Betreiber der Verbundspielhalle im Übergangszeitraum von vorausschauenden Maßnahmen zur Vermeidung künftiger Härten weitgehend oder gar gänzlich abgesehen hat.

Im Übrigen konzentriert sich die Relevanz bereits während des Fünfjahreszeitraums ergriffener Anpassungsmaßnahmen nach der Gesetzeslage im Saarland auf die Beantwortung der Frage, ob sich einzelne Verbindlichkeiten, die auf grundsätzlich schutzwürdige Dispositionen zurückgehen und über den Zeitpunkt 30.6.2017 hinaus fortbestehen, als unbillige Härte im Sinn des § 12 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 bzw. Satz 2 Nr. 3 SSpG darstellen.

---

<sup>50</sup> anders bisher: VG des Saarlandes, Beschlüsse vom 11.7.2018 – 1 L 736/18 –, juris, Rdnrn. 54 ff., und vom 22.6.2018 – 1 L 722/18 –, juris, Rdnr. 43

Geht es um die hiervon zu unterscheidende Frage, ob es wegen etwaig drohenden Verlustes der Existenzgrundlage für den Betreiber nur einer Spielhalle bzw. für den Betreiber mehrerer Spielhallen eine unbillige Härte ist, eine oder einige dieser Spielhallen anlässlich des Ablaufs der Übergangsfrist gleichzeitig zu schließen, so ist diese – wie ausgeführt – im Saarland im Lichte des § 12 Abs. 3 SSpHlG zu beantworten, der ein zukunftsorientiertes Modell, das eine Berücksichtigung bis zum 31.12.2016 vorgeschlagener Anpassungsmaßnahmen, die nach dem 30.6.2017 umgesetzt werden sollen, im Rahmen der Billigkeitsprüfung zulässt.

Ergänzend sei angemerkt, dass der eingangs der Anwendungshinweise vom 7.6.2016 „Übergangsregelung und Härtefallklausel“ zitierten Entscheidung des Senats<sup>51</sup> nichts Gegenteiliges zu entnehmen ist. Dort heißt es, der Gesetzgeber habe mit der Fünfjahresfrist und der Härtefallregelung einen großzügigen Übergangsrahmen zur Verfügung gestellt, den die Spielhallenbetreiber auch zur Umstrukturierung ihrer Betriebe nutzen könnten. Dies schließt ein, dass Zeiten, in denen eine Härtefallregelung in Betracht kommt, für die also eine befristete Befreiung möglich sein mag, von dem erwähnten Übergangsrahmen, der zu Umstrukturierungen genutzt werden kann, umfasst sind. Von einer Rechtspflicht zu Umstrukturierungsmaßnahmen während der Fünfjahresfrist, deren Erfüllung Voraussetzung jedweder nachfolgenden Befreiung nach Maßgabe des § 12 Abs. 2 SSpHlG sein könnte, ist keine Rede.

3.2.1.4 Hiervon ausgehend sind bereits vertrauensgeschützte Dispositionen der Antragstellerin, die eine mit der Ablehnung der begehrten Befreiung verbundene unbillige Härte begründen könnten, nicht ersichtlich.

Der ursprüngliche Mietvertrag betreffend die von der Antragstellerin gewerblich genutzten Räume in der B... L...straße 15 datiert vom 17.12.2009. Das Mietverhältnis war zunächst bis zum 31.8.2020 befristet. Das Datum des Vertragsendes wurde sodann nachträglich mit Datum vom 27.12.2009 handschriftlich auf den 31.8.2015 geändert. Ausweislich des mit den

---

<sup>51</sup> OVG des Saarlandes, Beschluss vom 10.2.2014 - 1 B 476/13 -, juris, Rdnr. 20

Antragsunterlagen vorgelegten, auf den 1.3.2010 datierten Nachtrags wurde die Mietzeit bis zum 31.7.2022 verlängert. Alle übrigen Vereinbarungen in dem Mietvertrag vom 17.12.2009 blieben laut Nachtrag von der Vertragsänderung unberührt. Als Zweck der Vermietung ist in § 1 des Mietvertrags der „Betrieb von Spielhallen“ angegeben. Nach § 8 Nr. 1 des Vertrags darf der Mieter die Mieträume nur zu den in § 1 genannten gewerblichen Zwecken benutzen.

Soweit der Antragsgegner die wahrheitsgemäße Datierung des Nachtrags (1.3.2010) in Zweifel zieht, dürfte diese Fehlersuche den Rahmen der gesetzlich veranlassten Prüfung sprengen, wenngleich der im angefochtenen Bescheid insoweit angeführte Umstand, dass die Antragstellerin den Mietvertrag am 20.8.2010 ohne den Nachtrag vom 1.3.2010 zu den Behördenakten gereicht habe, den Verdacht nahe legen mag, die Mietzeitverlängerung könnte erst nach dem 28.10.2011 im Vorfeld des seitdem im Raume stehenden Antragsverfahrens auf Erteilung einer Erlaubnis zum Weiterbetrieb der Spielhallen verschriftet und zurückdatiert worden sein.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Verlängerung der Mietzeit bis zum 31.7.2022 bereits am 1.3.2010 vereinbart worden ist, kann die Antragstellerin aus diesem – dann zu bejahenden – Vertrauenstatbestand unter Härtefallgesichtspunkten nichts herleiten, da jedenfalls in der vorliegenden Fallkonstellation angesichts der eindeutigen Zweckbestimmung des Mietgegenstandes („Betrieb von Spielhallen“) sowie der insoweit vereinbarten absoluten Zweckbindung in § 8 Nr. 1 des Mietvertrags und des Fehlens einer insoweit vertraglich vereinbarten Risikoverlagerung zulasten des Mieters ein Anspruch der Antragstellerin aus § 313 BGB auf vorzeitige Vertragsbeendigung für den Fall der endgültigen Versagung einer Spielhallenerlaubnis unter dem Gesichtspunkt einer Störung der Geschäftsgrundlage nicht ernsthaft infrage gestellt werden kann. Dass die Antragstellerin sich um eine entsprechende Vertragsanpassung (erfolglos) bemüht hätte, ist weder von ihr vorgetragen, noch sonst ersichtlich. Die Antragstellerin kann sich mithin nicht mit Erfolg darauf berufen, über den 30.6.2017 hinaus mietvertraglich gebunden und zur Entrichtung des monatlichen Mietzinses verpflichtet zu sein.

In Bezug auf getätigte Investitionen hat die Antragstellerin angegeben, im Jahre 2015 mit der Firma ... GmbH einen bis zum 31.12.2020 laufenden Dienstleistungsvertrag mit monatlichen Zahlungsverpflichtungen von 1.000 € geschlossen zu haben, um sich das kostenintensivere Anmieten separater Büroräume und das Einstellen neuer Bürokräfte zu ersparen. Diese erst nach dem 28.10.2011 getätigte Investition ist nach zutreffender Auffassung des Antragsgegners schon deshalb nicht schutzwürdig und daher nicht geeignet, eine unbillige Härte zu begründen, weil sie in Kenntnis des Verbundverbots und daher nicht im Vertrauen auf den Fortbestand der ursprünglichen Spielhallenerlaubnis erfolgt ist.

Zu den Investitionen der Antragstellerin im Übrigen hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, ausweislich der von der Antragstellerin vorgelegten Wirtschaftsprüferbescheinigung bestünden Rückstellungen zur Begleichung bestehender Verbindlichkeiten. Nichts anderes gelte für die von der Antragstellerin angeführten „Restbuchwerte“ ehemaliger Investitionen. Entscheidend komme hinzu, dass die Antragstellerin allein in der Zeit von 2010 bis zum 30.6.2015 Jahresüberschüsse in Höhe von 482.490,23 € erzielt habe. Hinzu kämen Gewinnabführungen in Höhe von mehr als 275.000,00 €, die in der Wirtschaftsprüferbescheinigung bereits jahresüberschussmindernd berücksichtigt worden seien. Die dargelegten Investitionen in Höhe von 135.706,02 € seien damit mehr als amortisiert. Diesen Feststellungen ist die Antragstellerin mit Ihrer Beschwerde nicht entgegengetreten.

Vertrauensgeschützte Dispositionen, die einen Weiterbetrieb der zweiten, nicht präferierten Einzelspielhalle unter Härtegesichtspunkten rechtfertigen könnten, sind nach alledem schon nicht erkennbar.

Dies ändert zwar nichts daran, dass die Antragstellerin die Einzelspielhalle im Vertrauen auf die ihr ursprünglich erteilte Erlaubnis nach § 33i GewO betrieben hatte und bis zum Ablauf des 30.6.2017 rechtmäßig weiter betreiben durfte.

Die für den von der Antragstellerin begehrten Weiterbetrieb der Spielhalle über den 30.6.2017 hinaus erforderliche Befreiung der Betriebsstätte vom Verbundverbot zur Vermeidung unbilliger Härten<sup>52</sup> setzt nach § 12 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 SSpielhG aber voraus, dass der Erlaubnisinhaber im Vertrauen auf die ihm nach § 33i GewO erteilte Erlaubnis Vermögensdispositionen getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann und dass dies zu einer unbilligen Härte führt. An dieser Voraussetzung fehlt es wie dargelegt.

3.2.2 Dass aus den vorstehend dargelegten Gründen die in § 12 Abs. 2 Sätze 1 und 2 SSpielhG normierten Voraussetzungen für eine Befreiung vom Verbundverbot fallbezogen nicht erfüllt sind, hat (wie oben bereits dargelegt) indes nicht zur Folge, dass eine Härtefallbefreiung – unter dem Blickwinkel einer drohenden Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz der Antragstellerin – ohne Weiteres ausscheidet.

Das Landesrecht hält in § 12 Abs. 3 SSpielhG, den – hierauf weist die Antragstellerin in ihrer Beschwerdebegründung mit Recht hin – das Verwaltungsgericht ebenso wenig wie der Antragsgegner in den Blick genommen hat, eine Regelung vor, nach der eine Befreiung auch erfolgen kann, wenn die vorbezeichneten engen Voraussetzungen einer unbilligen Härte nicht vollumfänglich erfüllt sind, aber ein Konzept mit konkreten Maßnahmen zur weiteren Anpassung des Betriebs der Spielhalle an die neuen Erlaubnisvoraussetzungen und die Ziele des Gesetzes vorgelegt und umgesetzt wird.

Diese Vorschrift, die - soweit ersichtlich - in ihrer konkreten Ausgestaltung bundesweit kein Pendant findet<sup>53</sup>, gibt vor, dass die Behörde zur besseren Erreichung der Ziele des § 1 Abs. 1 im Zusammenhang mit der Erteilung einer Befreiung nach Absatz 2, also in Bezug auf den Zeitraum ab dem 1.7.2017, die Vorlage und Umsetzung von Konzepten verlangen kann, die für die Zeit nach

---

<sup>52</sup> vgl. allgemein zum Begriff der unbilligen Härte: BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 28.2.2017 - 1 BvR 1103/15 -, juris, Rdnr. 12 m.w.N.

<sup>53</sup> ähnlich die Regelung in Art. 12 AG GlüStV Bayern: Befreiung vom Verbundverbot nur, wenn unter anderem ein Konzept zur weiteren Anpassung vorgelegt wird

Ablauf der Übergangsfrist des Absatzes 1, also ab dem 1.7.2017, konkrete Maßnahmen zur weiteren Anpassung des Betriebs der Spielhalle an die Erlaubnisvoraussetzungen vorsehen, die konkrete Maßnahmen zum Rückbau umfassen können. Die nach den Gliederungspunkten 4.4.2 und 4.4.3 der Anwendungshinweise der Fachaufsicht vom 7.6.2016 im Zusammenhang mit der Stellung eines Befreiungsantrags von den Spielhallenbetreibern zu beantwortenden Fragen betreffen Informationen zu den wirtschaftlichen Verhältnissen des Unternehmens und für den Fall, dass durch die Umsetzung des neuen Rechts aus Sicht des Betreibers eine existenzbedrohende Entwicklung des Unternehmens in Gang gesetzt wird, die Darlegung seiner Vorstellungen zu den Möglichkeiten, dieser Entwicklung durch eine verzögerte/schrittweise Anpassung an das neue Recht entgegenzuwirken. Diese mit dem Befreiungsantrag vorzulegenden Informationen sind im Rahmen der Anwendung des § 12 Abs. 3 SSpielhG von Relevanz.

Die durch § 12 Abs. 3 SSpielhG vorgegebene Ausgestaltung des Befreiungsverfahrens ist - wie ausgeführt - dadurch gekennzeichnet, dass im Einzelfall Kompromisse zwischen den widerstreitenden Interessen der Spielbetreiber und den Zielen der Neuregelung ermöglicht werden sollen, soweit eine drohende, die Existenz gefährdende Schieflage des Unternehmens durch ein die vollständige Umsetzung des neuen Rechts zwar nur stufenweise, aber dennoch zeitnah ermöglichendes Anpassungskonzept abgewendet werden kann.

Klarstellend sei angemerkt, dass der gesetzlichen Formulierung „im Zusammenhang mit der Erteilung einer Befreiung“ nicht entnommen werden kann, dass die Vorschrift nur zur Anwendung gelangen soll, wenn ohnehin alle tatbestandsmäßigen Voraussetzungen einer Befreiung erfüllt sind. Diesem Verständnis der Vorschrift stünde die Gesetzesbegründung entgegen. Dort wird der Stellenwert, der Absatz 3 im Befreiungsverfahren zukommen soll, mit der Formulierung umschrieben, die Tatsache, dass Befreiungen bei Vorlage und Umsetzung der vorgenannten Konzepte erteilt werden können, ermögliche als Kompromisslösung insbesondere auch die Berücksichtigung der Interessen

mittelständischer und kleinerer Spielhallenbetreiber. Gleichzeitig könnten Schließungen im Einzelfall vermieden werden, ohne die Zielsetzung der Reduzierung des von Spielhallen ausgehenden Suchtgefährdungspotentials in Frage zu stellen.

Der aufgezeigte Zweck, Kompromisslösungen zu ermöglichen, inkludiert, dass Befreiungen im Einzelfall auch bei nicht vollständiger Erfüllung aller Härtekriterien erteilt werden können, sofern die Voraussetzungen der Vorschrift erfüllt sind, also die im Befreiungsantrag entwickelten Vorstellungen zur Anpassung des Spielhallenbetriebs an das neue Recht nicht nur die wirtschaftliche Betroffenheit des Spielhallenbetreibers im Blick haben, sondern insbesondere auch dem Anliegen einer zeitnahen Erreichung der Ziele des § 1 Absatz 1 dienlich sind.

Von der Option, Konzepte anzufordern und zu berücksichtigen, ist wie bereits angesprochen - in den Anwendungshinweisen vom 7.6.2016 Gebrauch gemacht. Ausweislich deren Gliederungspunkt 2.5.2 ist mit der Beantragung einer Befreiung - gemäß § 12 Abs. 5 SSpHlG auf Kosten des Antragstellers - die Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens vorzulegen. Diese soll unter anderem bereits ergriffene Maßnahmen darstellen (4.4.2 der Anwendungshinweise), eine Fortbestehensprognose für das Unternehmen im Fall der Betriebsschließung enthalten, sich mit den Möglichkeiten und dem zeitlichen Rahmen einer geordneten Abwicklung des Unternehmens befassen und gegebenenfalls darlegen, ob bei einem befristeten Weiterbetrieb noch eine geordnete Abwicklung möglich wäre; wird diese Möglichkeit seitens des Betreibers bejaht, so hat er seine Einschätzung mit Angaben zu den Fragen „wie lange und wie viele Spielhallen im Zeitraum von wieviel Jahren (maximal fünf)“ zu unterfüttern (4.4.3 der Anwendungshinweise). Hiernach oblag es jedem Spielhallenbetreiber, anlässlich eines Befreiungsantrags die wirtschaftlichen Umstände seines Unternehmens binnen der Antragsfrist offen zu legen und darzutun, in welchem Umfang und für welchen Zeitraum er eine - gegebenenfalls schrittweise - Befreiung, mit deren Hilfe eine schonende, aber

möglichst zeitnahe Anpassung des Unternehmens an das neue Spielhallenrecht vollzogen werden soll, begehrt. Demgemäß war ein eine Befreiung beantragender Spielhallenbetreiber gehalten, im Zusammenhang mit seinem Befreiungsantrag, also binnen der in § 12 Abs. 1 Satz 2 SSpieHlG bezeichneten Frist, tatsächengestützte und realisierbare Vorstellungen zu entwickeln, die eine Grundlage für ein tragfähiges Konzept im Sinn des § 12 Abs. 3 SSpieHlG bieten.

Ein derartiges Konzept ist hier nicht erkennbar.

Es ist bereits nicht dargetan, dass die behauptete Existenzgefährdung, die als Folge einer Schließung des Standorts zu befürchten sei, nicht durch vorher geplante zumutbare – in die Zukunft gerichtete – Maßnahmen der Geschäftsführung hätte vermieden werden können.

Im Bericht zur Wirtschaftsprüferbescheinigung heißt es unter VII.4., im Falle einer Schließung des Standorts zum 1.7.2017 werde das Unternehmen im Jahre 2020 zahlungsunfähig. Demgegenüber wäre im Falle der Erlaubnis eines befristeten Weiterbetriebs bis zum Auslaufen des Mietvertrags und der damit verbundenen Möglichkeit einer betrieblichen Neuorientierung eine geordnete Abwicklung möglich. Die zeitliche Befristung bis zum 31.7.2022 würde gewährleisten, dass kein Insolvenzantrag erforderlich wird, dem Unternehmen ausreichend zeitliche Räume zur Neuorientierung bleiben und keine Anpassungsmaßnahmen im Personalbereich erforderlich werden.

Maßgeblicher Anknüpfungspunkt für diese Prognose ist allein die mit Nachtrag vom 1.3.2010 vereinbarte Verlängerung der Mietdauer bis zum 31.7.2022<sup>54</sup>. Wie oben bereits dargelegt, wäre aber eine Anpassung des Mietvertrags unter dem Gesichtspunkt einer Störung der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB durchaus möglich. Ausführungen zu konkreten Bemühungen zur Sicherstellung einer etwaig notwendig werdenden Anpassung der Laufzeit des Mietvertrags für den Fall, dass der Antragstellerin über den 30.6.2017 hinaus keine neue

---

<sup>54</sup> siehe auch VII. 3. des Berichts zur Wirtschaftsprüferbescheinigung

Spielhallenerlaubnis erteilt wird, finden sich in der Begründung des Befreiungsantrags indes nicht.

Hiervon ausgehend ist nicht plausibel, aus welchen Gründen eine geordnete, existenzverträgliche Abwicklung der nicht präferierten Einzelspielhalle die Notwendigkeit, diese weitere fünf Jahre zu betreiben, bedingen sollte.

Auch sonst werden die im Bericht zur Wirtschaftsprüferbescheinigung dargestellten Vorstellungen der Antragstellerin betreffend konkrete Maßnahmen des Gesamtunternehmens zur Anpassung des Betriebs der Spielhallen an die neuen Erlaubnisvoraussetzungen den vorgenannten Anforderungen nicht gerecht. Sie weisen unter VI. 2. des Berichts zu Wirtschaftsprüferbescheinigung folgende Eckpunkte auf:

Die Firma D... GmbH habe folgende Maßnahmen als Reaktion auf die geänderte Rechtslage ab 28.11.2011 ergriffen:

- Seit 2011 seien die Geschäftsführer keine langfristigen Verträge eingegangen.
- Die Mietverträge für Spielautomaten seien nur mit solchen Anbietern geschlossen worden, welche kürzeste Laufzeiten angeboten haben.
- Um wettbewerbsfähig zu bleiben, habe die Antragstellerin sich jedoch bei manchen Verträgen über den 30.6.2017 binden müssen.
- Die neuen Mitarbeiter seien nur befristet eingestellt worden.
- Es werde nur eine Auszubildende beschäftigt, die erst am 8. 20.2.2018 ihrer Ausbildung abschlieÙe. Im Falle einer Betriebsstilllegung finde die Auszubildende keine Ausbildung zu gleichen Konditionen.
- Unbefristete Arbeitsverträge seien nur mit vier Mitarbeitern abgeschlossen worden bzw. seien Verträge automatisch unbefristet geworden, da die Mitarbeiterinnen bereits über zwei Jahre beschäftigt seien. Andere Mitarbeiter hätten eine Befristung.
- Alle bei Eröffnung der Spielhalle geschlossenen Leasingverträge seien so ausgestaltet, dass sie 2016 ablaufen.

- Der Dienstleistungsvertrag mit der Firma ... GmbH sei 2015 geschlossen worden, weil das Angebot günstiger sei, als einen großen Büroraum zu mieten und mehrere Mitarbeiter einstellen zu müssen. Verträge für Büroräume seien meist mit sehr langen Laufzeiten verbunden.
- Die Antragstellerin habe ihre Firmenautos verkauft.

Abschließend weist die Antragstellerin darauf hin, dass ihre Mitarbeiter zumeist Migrationshintergrund hätten und nur gebrochenes Deutsch redeten. Ein Verlust des Arbeitsplatzes würde für sie höchstwahrscheinlich die Arbeitslosigkeit bedeuten.

Diese Eckpunkte sind nicht geeignet, in Anwendung des § 12 Abs. 3 SSpielhG eine ausnahmsweise Befreiung des Standorts B... L...straße 15, Konzession 1, vom Verbundverbot auszusprechen.

Die an den Beginn ihres Konzepts gestellte Behauptung der Antragstellerin, seit 2011 keine langfristigen Verträge abgeschlossen zu haben, wird durch den vorletzten von ihr angegebenen Konzeptionspunkt widerlegt. Die Antragstellerin hat im Jahre 2015 mit der ... GmbH einen bis zum 31.12.2020 laufenden Dienstleistungsvertrag abgeschlossen. Die von ihr hierfür angegebene Begründung, der Dienstleistungsvertrag sei für sie günstiger als die Anmietung eines großen Büroraums in Verbindung mit der Einstellung mehrerer Mitarbeiter, kann mangels entsprechender Belege nicht nachvollzogen werden. Bis 2015 war die Antragstellerin offensichtlich in der Lage, die anfallenden Verwaltungstätigkeiten ohne Inanspruchnahme einer externen Dienstleistungsgesellschaft, deren Geschäftsführer zudem mit dem ehemaligen Geschäftsführer der Antragstellerin identisch ist, zu bewältigen. Irgendwelche Gründe, derentwegen dies ab 2015 nicht mehr möglich gewesen wäre, sind weder von der Antragstellerin vorgetragen noch sonst erkennbar. Dass die Antragstellerin gleichwohl zu einem Zeitpunkt, als ihr längst bekannt war, dass ihre Spielhallenerlaubnis mit Ablauf des 30.6.2017 erlöschen wird, eine langfristige Verpflichtung eingegangen ist, ist geradezu das Gegenteil dessen, was im Rahmen eines Konzepts zur Anpassung an die sich verändernde

Rechtslage im Sinne des § 12 Abs. 3 SSpielhG von einem Spielhallenbetreiber zu erwarten ist.

Dass die Antragstellerin nach ihren Angaben Arbeits- und Leasingverträge befristet hat, ändert nichts daran, dass ihr Gesamtkonzept auf den Weiterbetrieb der Spielhalle bis in das Jahr 2022 gerichtet und ein Plan zur – wenn auch nur schrittweisen – Anpassung an die neue, zum 1.7.2017 in Kraft getretene Rechtslage nicht erkennbar ist.

Dass ein solches Konzept, das auf eine vollständige Gewinnabschöpfung und eine verlustfreie Abwicklung aller nicht mehr erlaubnisfähigen Betriebsstätten ausgerichtet ist und die durch das neue Recht verfolgten Belange nicht ansatzweise in den Blick nimmt, den Anforderungen des § 12 Abs. 3 SSpielhG nicht gerecht werden kann, liegt auf der Hand. Die Sichtweise der Antragstellerin blendet aus, dass die von ihr zu entwickelnden Eckpunkte zur Erstellung eines tragfähigen Konzepts nicht nur potentielle Grundlage eines ihre Belange berücksichtigenden Verhältnismäßigkeitsausgleichs im Einzelfall sein sollen, sondern nach § 12 Abs. 3 SSpielhG gleichzeitig der besseren Erreichung der Ziele des § 1 Absatz 1 SSpielhG dienen müssen.

Ohne Belang ist in diesem Zusammenhang der Hinweis der Antragstellerin auf den drohenden Verlust von Arbeitsplätzen sowie eines Ausbildungsplatzes. Gegenstand der mit § 12 Abs. 3 SSpielhG angestrebten Kompromisslösung sind – wie oben dargelegt – das Anliegen einer zeitnahen Erreichung der Ziele des § 1 Abs. 1 SSpielhG einerseits sowie andererseits die wirtschaftliche Betroffenheit des Spielhallenbetreibers, fallbezogen also der Antragstellerin, nicht jedoch diejenige ihrer Mitarbeiter.

Der von der Antragstellerin schließlich noch angeführte Verkauf von Firmenautos stellt keine Maßnahme dar, die in irgendeinem Zusammenhang mit den Zielen des Spielhallengesetzes steht, und ist daher nicht geeignet, als Beleg für eine Anpassung des Spielhallenbetriebs an die zum 1.7.2017 in Kraft getretene Rechtsänderung zu dienen.

Der Feststellung der Ungeeignetheit des angestrebten Konzepts lässt sich nicht entgegengehalten, Ende 2016 sei nicht absehbar gewesen, was genau als Voraussetzung einer Befreiung verlangt werde. Die vorstehende Argumentation basiert auf dem Gesetzestext, der Gesetzesbegründung und den Zielen des Gesetzes. Dass die Behörde ein nach Maßgabe des § 12 Abs. 3 SSpielhG erstelltes Konzept zur Anpassung an das neue Recht verlangen kann, steht seit Inkrafttreten des Gesetzes zum 1.7.2012 fest. Die eine Wirtschaftsprüferbescheinigung vorsehenden und deren Inhalte fixierenden Anwendungshinweise sind bereits unter dem 7.6.2016 ergangen. Dass das vorgeschlagene Anpassungskonzept, das sich darin erschöpft, die Gewinnmöglichkeiten aus dem Unternehmensbestand zum 1.7.2017 - ohne schrittweise Anpassungen an das neue Recht - weitere fünf Jahre vollumfänglich ausnutzen zu können, versagen muss, hätte zur Zeit der Antragstellung im Dezember 2016 erkannt werden müssen.

Mithin kann die Antragstellerin von den Erleichterungen des § 12 Abs. 3 SSpielhG nicht profitieren. Ihr Konzept zur Anpassung ihres Unternehmens an die geänderte Rechtslage rechtfertigt die beantragte Befreiung vom Verbundverbot nicht.

Über die Beschwerde war daher wie erkannt zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Die Festsetzung des Streitwertes beruht auf den §§ 63 Abs. 2, 47 Abs. 1, 52 Abs. 1 GKG in Verbindung mit Nrn. 1.5 und 54.1 der Empfehlungen des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar.

gez.: Freichel                      Rech                      Helling

Beglaubigt:

Saarlouis, den 14.12.2018

***-elektronisch signiert-***

Schirra, Justizbeschäftigte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle