

## ABHANDLUNGEN

## Härtefall und Befreiung nach § 51 Abs. 5 LGLüG

Von Dr. Dario Mock, Rechtsanwalt, Freiburg\*

*Am 29.12.2012 ist zur Umsetzung des Glücksspielstaatsvertrags das Landesglücksspielgesetz (LGLüG)<sup>1</sup> in Kraft getreten. Das LGLüG zielt auf die Begrenzung des Glücksspielangebots und die Bekämpfung der Spielsucht, was vor allem durch strenge Vorgaben für die (gewerberechtliche) Genehmigung von Spielhallen sowie eine Verknapfung des Spielangebots erreicht werden soll.<sup>2</sup> Zur Reduzierung der Anzahl von Spielhallen sind insbesondere Mindestabstände zwischen Spielhallen untereinander (Abstandsgebot) sowie ein Verbot von Mehrfachkonzessionen (Verbundverbot) vorgesehen.<sup>3</sup>*

*Die Vorgaben des LGLüG greifen für bestehende Spielhallen erst nach Ablauf eines Übergangszeitraums, die entsprechende Übergangsregelung findet sich in § 51 LGLüG. Spielhallen, für die nach dem 18.11.2011 eine Erlaubnis beantragt und erteilt wurde, benötigten gemäß § 51 Abs. 4 Satz 2 LGLüG bereits ab dem 30.06.2013 eine Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 LGLüG, welche die bestehende Erlaubnis nach § 33 i GewO ersetzt.*

*Wurde die Erlaubnis nach § 33 i GewO dagegen vor dem 18.11.2011 beantragt und erteilt, ist gemäß § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG eine neue Erlaubnis nach dem LGLüG erst nach dem 30.06.2017 erforderlich. In diesen Fällen sieht das Gesetz zudem vor, dass die Erlaubnisbehörde zur Vermeidung unbilliger Härten für einen angemessenen Zeitraum eine Befreiung von der Einhaltung der Anforderungen nach § 42 Abs. 1 und 2 LGLüG (Abstandsgebot und Verbundverbot) erteilen kann.*

*Diese Norm ist außerordentlich streitträchtig, nicht nur wegen der oft erheblichen wirtschaftlichen Auswirkungen der zu treffenden Entscheidung, sondern auch wegen der Häufung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Wertungsfragen. Dieser Beitrag befasst sich mit den Voraussetzungen der Befreiung nach § 51 Abs. 5 LGLüG und den sich hierbei ergebenden rechtlichen Fragestellungen.*

### I. Ausgangslage

Der Übergangszeitraum für Spielhallen mit nur einjährigem gewerberechtlichen Bestandsschutz ist seit längerem abgelaufen. Das Ende desjenigen für Spielhallen mit langem, d. h. fünfjährigem Bestandsschutz steht kurz bevor, da ab dem 01.07.2017 auch für diese Spielhallen eine zusätzliche Erlaubnis nach § 41 LGLüG erforderlich ist.<sup>4</sup> Unproblematisch sind Spielhallen aufgrund von Neuzulassungen an Standorten, an denen es bislang keine (konkurrierende) Spielhalle gibt. Andernfalls – und darauf richtet sich unser Augenmerk – kommt eine Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG in Betracht.

Flächendeckend ist zu beobachten, dass nahezu alle Betreiber von Bestandsspielhallen einen Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis einschließlich eines Antrags auf Befreiung gestellt haben – in aller Regel fristgerecht und mit unterschiedlichem Begründungsaufwand. Die zuständigen Behörden<sup>5</sup> stehen vor der schwierigen Aufgabe, zunächst in allen Fällen – ungeachtet der Darlegungspflicht des Antragstellers – den maßgeblichen Sachverhalt und insbesondere das Vorliegen einer unbilligen Härte zu klären, um anschließend im Rahmen von Ermessens- und ggf. Auswahlentscheidungen festzulegen, welche Spielhallen weiter betrieben werden dürfen – und dies alles rechtzeitig vor Ablauf der Übergangsfrist.

### 1. Notwendigkeit einer Befreiung

Eine Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG ist dann erforderlich, wenn sich im Umkreis von 500 m um eine bestehende Spielhalle, für die erst nach dem 30.06.2017 eine Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 LGLüG erforderlich ist, eine weitere Spielhalle befindet.<sup>6</sup> Dabei wird es sich regelmäßig ebenfalls um eine Spielhalle mit langem Bestandsschutz handeln, da eine Spiel-

\* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner in der Kanzlei Sparwasser&Heilshorn in Freiburg.

1 Landesglücksspielgesetz (LGLüG) vom 20.11.2012 (GBl. 2012, 604), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 01.12.2015 (GBl. 2015, 1033).

2 Zur Zielsetzung ausführlich VerfGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 – juris Rn. 325 ff. m. w. N., VBIBW. 2014, 427 – 428 (Leitsatz).

3 Hierzu Mock, VBIBW 2013, 131; im Überblick zu den Regelungen des LGLüG Ruf, BWGZ 2013, 96; Kneer, BWGZ 2013, 103; zur planungsrechtlichen Steuerung von Spielhallen Lieber, VBIBW 2011, 6.

4 Da Spielhallen ohne die erforderliche zusätzliche Erlaubnis auf der Grundlage von § 15 Abs. 2 GewO geschlossen werden können (vgl. dazu VGH BW, Beschl. v. 13.07.2015, ZfWG 2015, 383), führt die fehlende Erlaubnis im Ergebnis zu einem Erlöschen des Bestandsschutzes, hierzu Weidemann, NVwZ 2016, 1224.

5 Zuständig für die Durchführung der für Spielhallen geltenden Vorschriften sind gemäß § 47 Abs. 5 Satz 1 LGLüG die unteren Verwaltungsbehörden (§ 15 Abs. 1 LVG) sowie die Gemeinden und Verwaltungsgemeinschaften mit eigener Baurechtszuständigkeit.

halle mit kurzem Bestandsschutz (Erlaubnis nach § 41 LGLüG nach dem 30.06.2013 erforderlich) oder gar eine neue Spielhalle aufgrund des zu geringen Abstands zur bestandsgeschützten Spielhalle gewerberechtlich nicht genehmigt werden könnte.<sup>7</sup> Eine Befreiung ist umgekehrt dann nicht erforderlich, wenn es im Umkreis von 500 m um eine bestehende Spielhalle keine weitere Spielhalle gibt.

Eine Befreiung kommt nur dann in Betracht, wenn alle *sonstigen Voraussetzungen* für die Erteilung der Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 LGLüG erfüllt sind. Ist dies nicht der Fall, etwa wegen mangelnder Zuverlässigkeit oder des Fehlens eines Sozialkonzepts, ist die beantragte Erlaubnis schon aus diesem Grund zu versagen. Auf die Frage, ob eine unbillige Härte vorliegt, kommt es dann nicht mehr an. In solchen Fällen besteht auch keine Notwendigkeit, über den abzulehnenden Antrag zeitgleich mit denjenigen Anträgen zu entscheiden, bei denen über das Vorliegen der Befreiungsvoraussetzungen zu befinden ist. Die Ablehnung kann unabhängig davon und vorab erfolgen.<sup>8</sup>

Sind Spielhallen dagegen bei Erteilung einer Befreiung genehmigungsfähig, besteht das Befreiungserfordernis für *alle* Spielhallen, die untereinander den Mindestabstand nicht einhalten. Dies ergibt sich allerdings nicht schon daraus, dass zu den Zeitpunkten der Antragstellung und der Erteilung der Erlaubnis – wobei letzterer regelmäßig vor dem 01.07.2017 liegen wird – eine Konkurrenzsituation zu bestandsgeschützten Spielhallen noch besteht. Diesem Umstand kann durch eine Befristung Rechnung getragen werden, wonach die Erlaubnis mit Wirkung ab dem 01.07.2017 erteilt wird.<sup>9</sup> Zu diesem Zeitpunkt ist die Übergangsfrist für diejenigen Bestandsspielhallen abgelaufen, die keine Erlaubnis erhalten. Im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Erlaubnis wäre die Konkurrenzsituation damit jedenfalls rechtlich aufgelöst, da der Betrieb von Spielhallen ohne Erlaubnis (ggf. zwangsweise) eingestellt werden müsste.

Dies bedeutet jedoch nicht, dass als Konsequenz auf eine Befreiung ganz verzichtet werden könnte. Ein Befreiungserfordernis zwischen im Übrigen (d. h. abgesehen von Abstandgebot und Verbundverbot) genehmigungsfähigen Spielhallen besteht dennoch, da die Ablehnung der Anträge für Spielhallen, bei denen keine unbillige Härte vorliegt oder bei denen die zu treffende Ermessensentscheidung negativ ausfällt, gerade deshalb erfolgen kann, weil umgekehrt für konkurrierende Spielhallen eine Befreiung erteilt wird. Diese ermöglicht den Weiterbetrieb und schließt gleichzeitig andere Spielhallen aus. Würde keine Befreiung erteilt, wäre stattdessen eine Auswahl zwischen den dann gleichrangig konkurrierenden Anträgen erforderlich.

Im Ergebnis besteht eine Spielhalle – auch wenn ihr Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis nach dem LGLüG abgelehnt wird – rechtmäßig bis zum 30.06.2017, löst für konkurrierende Spielhallen aber nur dann ein Befreiungserfordernis aus, wenn bei Genehmigungsfähigkeit im Übrigen lediglich die erforderliche Befreiung nicht erteilt wird. Wird die Erlaubnis dagegen aus anderen Gründen abgelehnt, besteht im Verhältnis zu dieser Spielhalle keine Notwendigkeit einer Befreiung und damit auch kein Bescheidungsinteresse.

## 2. Verhältnis Erlaubnis/Befreiung

Bei der Befreiung von den Vorgaben des § 42 Abs. 1 und 2 LGLüG handelt es sich nicht um einen selbständigen Verwaltungsakt, die Befreiung ist vielmehr *Bestandteil der Erlaubnis* nach § 41 Abs. 1 LGLüG.

## 3. Härtefälle im Ländervergleich

Die Grundlage landesrechtlicher Befreiungsregelungen findet sich in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüÄndStV. Danach können die für die Erlaubnis zuständigen Behörden nach Ablauf des Übergangszeitraums eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen der §§ 24 Abs. 2 und 25 GlüÄndStV (insbesondere Abstandgebot und Verbundverbot) für einen angemessenen Zeitraum zulassen, wenn dies zur Vermeidung *unbilliger Härten* erforderlich ist. Bei der Erteilung einer Befreiung sind der Zeitpunkt der Erlaubnis gemäß § 33 i GewO sowie die Ziele des § 1 GlüÄndStV zu berücksichtigen. Das Nähere regeln nach § 29 Abs. 4 Satz 5 GlüÄndStV die Ausführungsbestimmungen der Länder.

In den meisten Landesgesetzen wird der Begriff der unbilligen Härte nicht weiter bestimmt. Entweder gilt unmittelbar § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüÄndStV, oder die Vorgaben des § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüÄndStV werden ohne weitere Ausgestaltung inhaltsgleich ins Landesrecht übernommen. Dies gilt für die Länder *Bayern* (Art. 12 AGGlüStV), *Hessen* (§ 15 SpielhG), *Niedersachsen*, *Nordrhein-Westfalen*, *Sachsen* (§ 18 a Sächs-GlüStVAG), *Sachsen-Anhalt* (§ 11 SpielhG), *Schleswig-Holstein* (§ 11 SpielhG) und *Thüringen* (§ 10 ThürSpielhallenG).

In *Brandenburg* (§ 7 BbgSpielhG) und *Berlin* (§ 9 MindAbstUmsG<sup>10</sup>) wird der Begriff der unbilligen Härte zumindest dahingehend konkretisiert, dass neben wirtschaftlichen Dispositionen eine Abwägung mit den konkreten persönlichen Umständen des Betroffenen zu erfolgen habe. In der Berliner Regelung heißt es ergänzend, dass wirtschaftliche Dispositionen, die nach dem 02.06.2011 getätigt wurden, dabei unberücksichtigt bleiben; ab diesem Stichtag gibt es damit keinen Vertrauensschutz mehr.<sup>11</sup>

In *Bremen* (§ 11 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 BremSpielhG) wird § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüÄndStV dahingehend konkretisiert, dass der Betreiber auf den Fortbestand der bestehenden Erlaubnis vertraut haben und sein Vertrauen schutzwürdig sein muss. Das Vertrauen ist „in der Regel“ schutzwürdig, wenn der Betreiber im Vertrauen auf die Erlaubnis Vermögensdispositionen getroffen hat, die nicht mehr oder nur unter Hinnahme unzumutbarer Nachteile rückgängig gemacht werden können (Abs. 4 Satz 2). Ähnlich lautet die Regelung in *Mecklenburg-Vorpommern* (§ 11 b Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 GlüStVAG) Die Regelung in *Rheinland-Pfalz* (§ 11 a LGLüG) sieht eine Befreiung aus Gründen des Vertrauensschutzes nur für Abweichungen vom Abstandgebot vor. Die Voraussetzungen einer Befreiung von dem in § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 LGLüG geregelten Verbundverbot hingegen sollen unabhängig von Vertrauensschutz-

6 Im Gesetz heißt es zwar noch in § 51 Abs. 5 Satz Satz 2 LGLüG, der Mindestabstand dürfe 250 m nicht unterschreiten, diese Regelung wurde jedoch vom VerfGH BW für nichtig erklärt, VerfGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 – juris Rn. 382, VBIBW. 2014, 427 – 428 (Leitsatz).

7 Dies mag in der Praxis nicht durchgängig der Fall sein. Eine unter Verstoß gegen die Vorgaben des LGLüG erteilte Erlaubnis wäre rechtswidrig und damit grundsätzlich nach § 48 VwVfG aufhebbar. Solange die bestehende Spielhalle allerdings (wenn auch rechtswidrig) bestandskräftig genehmigt ist, ist für eine konkurrierende Spielhalle mit langem Bestandsschutz eine Befreiung erforderlich.

8 Ist hiergegen ein Rechtsmittel erfolgreich, kommt es möglicherweise zu spät: Zum Zeitpunkt der Neubescheidung greifen grundsätzlich Abstandgebot und Verbundverbot. Dem Antragsteller bleibt dann möglicherweise nur noch ein Amtshaftungsanspruch. Dagegen hilft allenfalls ein „Freihalteanspruch“ im Wege des Eilverfahrens nach § 123 VwGO wie im Beamtenrecht, BVerwG, Urt. v. 21.08.2003, DVBl. 2004, 317 m. w. N.

9 Protokoll der Dienstbesprechung mit den Regierungspräsidien am 28.07.2016 zu Fragen einer Anwendung der Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 LGLüG und zur Auswahlentscheidung in Konkurrenzsituationen, dort S. 14; es handelt sich nicht um eine aufschiebende Bedingung, da der Zeitpunkt des Wirksamwerdens kalendermäßig bestimmt ist und nicht von einem künftigen ungewissen Ereignis abhängt, § 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG.

10 Gesetz zur Umsetzung des Mindestabstands nach dem Spielhallengesetz Berlin – MindAbstUmsG Bln) vom 22.03.2016.

11 Hintergrund der Stichtagsregelung ist laut Gesetzesbegründung das Inkrafttreten des Berliner Spielhallengesetzes am 02.06.2011, vgl. Drs. 1727/14 vom 10.02.2016, S. 29.

gesichtspunkten gegeben sein, wenn die Gesamtzahl der Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit 48 nicht überschreitet (Abs. 3 Satz 1). Das Saarland (§ 12 Abs. 2 SSpielhG) fordert neben dem Vorliegen einer unbilligen Härte *zusätzlich* ein schutzwürdiges Vertrauen, dieses ist also nicht im Begriff der unbilligen Härte enthalten.

In Baden-Württemberg schließlich wird zum einen in § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG die Regelung des § 29 Abs. 4 Satz 4 Glü-ÄndStV inhaltlich übernommen. Gleichzeitig gibt der Landesgesetzgeber dem Rechtsanwender jedoch in § 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG eine Hilfestellung an die Hand. Der Begriff der unbilligen Härte wird – nicht abschließend („insbesondere“) – dahingehend konkretisiert, dass Anhaltspunkte hierfür dann gegeben sind, wenn eine Anpassung des Betriebs an die gesetzlichen Anforderungen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich oder mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar ist (dazu nachfolgend II. 3. b) aa) und Investitionen, die im Vertrauen auf den Bestand der nach Maßgabe des bisher geltenden Rechts erteilten Erlaubnis getätigt wurden, nicht abgeschlossen werden konnten (dazu nachfolgend II. 3. b) bb)).

Eine vergleichbare Regelung trifft Hamburg (§ 9 Abs. 1 Satz 6 HambSpielhG). Allerdings wird im Rahmen der Konkretisierung der unbilligen Härte allein auf die Möglichkeit zur Anpassung des Betriebs abgestellt. Auf das zusätzliche Merkmal nicht abgeschriebener Investitionen, die im Vertrauen auf den Bestand der Erlaubnis getätigt wurden, wird dagegen – anders als in Baden-Württemberg – verzichtet.

## II. Befreiungsvoraussetzungen

Die Einführung einer zusätzlichen Erlaubnispflicht zum 01.07.2017 hat zur Folge, dass nicht alle Genehmigungsanträge für bislang bestehende Spielhallen positiv entschieden und die Spielhallen weiter betrieben werden können. Eine strikte Anwendung des Abstandsgebots (§ 42 Abs. 1 LGLüG) einerseits und des Verbundverbots (§ 42 Abs. 2 LGLüG) andererseits führte dazu, dass ungeachtet der konkreten wirtschaftlichen Situation des jeweiligen Antragstellers nur ein Teil der Bestandsspielhallen eine Genehmigung zur Fortführung des Betriebs erhalten könnten.<sup>12</sup>

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass dies über die mit der Schließung der Spielhalle typischerweise verbundenen Beeinträchtigungen – die der Gesetzgeber als Folgen des gesetzlichen Konzepts gesehen und hingenommen hat – hinaus zu nicht mehr gewünschten Beeinträchtigungen führen kann. Um dies in atypischen Fällen abzumildern, sieht § 51 Abs. 5 LGLüG für Bestandsspielhallen mit langem Bestandsschutz bei Vorliegen eines Härtefalls die Möglichkeit vor, auf Antrag eine *befristete Befreiung* von § 42 Abs. 1 und 2 LGLüG zu erhalten, so dass eine Genehmigung trotz Verstoßes gegen Abstandsgebot und/oder Verbundverbot erteilt werden kann. Zu den Voraussetzungen im Einzelnen:

### 1. Fall des § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG

Eine Befreiung nach § 51 Abs. 5 LGLüG kommt nur in den Fällen des § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG in Betracht, also bei Spielhallen, für die bis zum 18.11.2011 eine Erlaubnis nach § 33 i GewO beantragt und erteilt wurde. Hintergrund dieser Stichtagsregelung ist der Umstand, dass am 18.11.2011 der Entwurf des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags in einer Landtagsdrucksache veröffentlicht wurde und Spielhallenbetreiber (spätestens) ab dann mit Einschränkungen rechnen mussten.<sup>13</sup> Bei anderen (jüngeren) Spielhallen kommt eine Befreiung dagegen nicht in Betracht. Für bestehende Spielhallen, deren Erlaubnis nach § 33 i GewO nach dem 18.11.2011

beantragt und erteilt wurde, bleibt es ebenso wie bei neuen Spielhallen bei den strengen Vorgaben des neuen § 42 Abs. 1 und 2 LGLüG.<sup>14</sup> Diese Voraussetzung dürfte aufgrund des kurzen einjährigen Bestandsschutzes für Spielhallen, die nach dem genannten Stichtag genehmigt wurden, und aufgrund der einfachen Nachprüfbarkeit anhand vorliegender Genehmigungsunterlagen in der Praxis kaum Probleme aufwerfen.<sup>15</sup>

### 2. Antrag

Die Erteilung einer Befreiung setzt einen entsprechenden *Antrag* voraus.

#### a) Antragszeitpunkt

Im Hinblick auf den Antragszeitpunkt ist zwischen dem Antrag auf Erteilung der Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG und dem Antrag auf Erteilung einer Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG zu unterscheiden.

Der Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis kann bei Neuvorhaben zu jedem Zeitpunkt gestellt werden. Bei der Erteilung von Erlaubnissen für *bestehende* Spielhallen nach Ablauf des ein- bzw. fünfjährigen Bestandsschutzes sieht das Gesetz in § 51 Abs. 4 Satz 3 LGLüG dagegen eine (inzwischen abgelaufene) *Antragsfrist* vor, nämlich für Spielhallen mit kurzem Bestandsschutz (§ 51 Abs. 4 Satz 2 LGLüG) bis zum 28.02.2013, für solche mit langem Bestandsschutz (§ 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG) bis zum 29.02.2016.

Für die Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG sieht das Gesetz ein *zusätzliches* Antragserfordernis vor. Wäre ein entsprechender Antrag bereits im Antrag auf Erteilung der Erlaubnis nach § 41 LGLüG zu sehen bzw. in diesem enthalten, wäre das in Abs. 5 Satz 1 ausdrücklich geregelte Antragserfordernis unnötig. Nicht erforderlich wäre angesichts der in § 51 Abs. 4 Satz 3 LGLüG geregelten Antragsfrist auch die Pflicht zur Beifügung der für die Entscheidung erforderlichen Unterlagen und Nachweise gemäß § 51 Abs. 5 Satz 3 LGLüG, die sich nur auf den Antrag auf Erteilung einer Befreiung bezieht. Gerade bei Mehrfach- oder das Abstandsgebot unterschreitenden Spielhallen desselben Betreibers ist ein gesondertes Antragserfordernis auch sachgerecht, da hierdurch dem Betreiber die Entscheidung darüber aufgetragen wird, welche Spielhalle er weiterbetreiben möchte.<sup>16</sup>

Im Ergebnis gilt die Antragsfrist nach § 51 Abs. 4 Satz 2 LGLüG nur für den Antrag auf Erteilung der Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG, nicht aber für den Antrag auf Erteilung einer Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG. Dieser kann jederzeit – auch nachträglich und ggf. nach einem entsprechenden Hinweis der Erlaubnisbehörde – gestellt werden.<sup>17</sup>

#### b) Ausschlussfrist

Nach § 51 Abs. 4 Satz 3 LGLüG BW ist ein Erlaubnisantrag im Falle von § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG (langer Bestandsschutz) bis

12 § 42 Abs. 3 LGLüG, der einen Mindestabstand zu Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen regelt, ist dagegen auf Bestandsspielhallen nach § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG nicht anwendbar.

13 LT-Drs. 15/849.

14 Für bestehende Spielhallen mit kurzem Bestandsschutz ist eine Befreiungsmöglichkeit verfassungsrechtlich nicht geboten, OVG Saarland, Urt. v. 27.04.2016, ZfWG 2016, 264.

15 Abgrenzungsfragen ergeben sich allenfalls dann, wenn für eine Spielhalle mehrere Erlaubnisse vorliegen und daher geklärt werden muss, ob es sich um bloße Änderungen der Ausgangserlaubnis oder eine – für die Frage des Stichtags relevante – Neuerteilung handelt.

16 In den meisten Fällen stellen Betreiber allerdings regelmäßig für alle von Ihnen betriebenen Spielhallen einen Härtefallantrag, so dass eine Auswahl durch den Betreiber eine eher theoretische Möglichkeit bleibt.

17 Ebenso die Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGLüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 24 f.

zum 29.02.2016, im Falle von § 51 Abs. 4 Satz 2 LGlüG (kurzer Bestandsschutz) bis zum 28.02.2013 zu stellen. Nach dem allgemeinen Verständnis einer jeden Fristenregelung sind spätere Anträge grundsätzlich ausgeschlossen mit dem Ausnahmefall nur der *Wiedereinsetzung* (§ 32 VwVfG<sup>18</sup>). Dass eine Fristenregelung folgenlos bleiben und den Antragsteller nur sanktionslos zu einer Fristeinholung auffordern soll, bedürfte als Ausnahme einer besonderen Regelung. Dafür ist vorliegend nichts ersichtlich, ebenso wenig eine Unbeachtlichkeits- oder Heilungsregelung. Dies gilt sowohl für das Gesetz wie auch für die Gesetzesbegründung.

Die Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft gehen dagegen davon aus, dass es sich bei der in § 51 Abs. 4 Satz 3 LGlüG geregelten Antragsfrist um eine *Ausschlussfrist* handelt.<sup>19</sup> Die Annahme einer materiellen Ausschlussfrist hätte zur Folge, dass ein verspätet eingereicherter Erlaubnisantrag ohne die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung (§ 32 Abs. 5 VwVfG) zurückzuweisen ist.<sup>20</sup>

Ob es sich bei einer Frist um eine solche Ausschlussfrist handelt, kann sich ausdrücklich aus dem Gesetz ergeben und ist sonst im Wege der *Auslegung* zu ermitteln. Eine Ausschlussfrist liegt vor, wenn die Auslegung „nach Wortlaut, Systematik, Entstehungsgeschichte, Gesetzesmaterialien und Sinn und Zweck der Regelung unter Berücksichtigung der widerstreitenden Interessen – einerseits dem öffentlichen Interesse an der Einhaltung der Frist, andererseits dem Interesse des Einzelnen an ihrer nachträglichen Wiedereröffnung bei unverschuldeter Fristversäumung – ergibt, dass der materielle Anspruch mit der Einhaltung der Frist steht und fällt, ein verspäteter Antragsteller also materiellrechtlich seine Anspruchsberechtigung endgültig verlieren soll“.<sup>21</sup> Der Zweck der Regelung muss dabei ein solches Gewicht haben, dass er die Annahme einer Ausschlussfrist rechtfertigen kann.<sup>22</sup> Allgemein gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wonach die Ausschlussgründe schwerer wiegen müssen als die grundrechtlich geschützten Positionen des Antragstellers. Angesichts der einschneidenden Folgen einer Fristversäumung ist eine hinreichend eindeutige Regelung zu verlangen und im Zweifel davon auszugehen, dass eine Ausschlussfrist nicht vorliegt.<sup>23</sup>

Dem *Wortlaut* des § 51 Abs. 4 Satz 3 LGlüG ist eine entsprechende Ausschlusswirkung nicht, aber auch sonst zu den Folgen einer Fristversäumung nichts zu entnehmen. Das spricht gegen die Annahme einer Ausschlussfrist,<sup>24</sup> ohne die gegenläufige Auslegung allerdings auszuschließen.

Während für den Antrag auf Erteilung einer Befreiung in § 51 Abs. 5 Satz 3 LGlüG ausdrücklich geregelt ist, dass die für die Entscheidung erforderlichen Unterlagen und Nachweise dem Antrag beizufügen sind, fehlt eine entsprechende Regelung für den Erlaubnisantrag in Abs. 4. Daraus weiter zu folgern, dass es sich deshalb nicht um eine Ausschlussfrist handle, geht aber wohl zu weit, denn bei § 51 Abs. 5 Satz 3 LGlüG dürfte es sich nur um die Regelung einer gesteigerten Mitwirkungspflicht i. S. v. § 26 Abs. 2 Satz 3 VwVfG handeln, die zwar bei der Regelung des Erlaubnisanspruchs nach Abs. 4 fehlt, was aber nur die Anwendbarkeit der allgemeinen Regelung in § 26 Abs. 2 Satz 2 VwVfG zur Folge hat.

In den Anwendungshinweisen wird im Hinblick auf den *Zweck* der Regelung zunächst darauf verwiesen, die Erlaubnisbehörde solle in die Lage versetzt werden, den aufgrund der Vielzahl gleichzeitig eingereicherter Anträge zu erwartenden Verwaltungsaufwand bewältigen zu können.<sup>25</sup> Dies allein ist bei der – wie gezeigt gebotenen – Güterabwägung indes nicht ausreichend zur Begründung einer Ausschlussfrist<sup>26</sup> – wovon offensichtlich auch die Hinweise des Ministeriums ausgehen.

Ergänzend verweisen die Anwendungshinweise nämlich darauf, die Antragsfrist solle den Antragstellern möglichst bald Gewissheit darüber verschaffen, ob eine Chance auf Fortfüh-

rung ihres Betriebs auf der Grundlage einer Genehmigung nach dem LGlüG besteht.<sup>27</sup> Dieser Gesichtspunkt ist jedoch zur Begründung einer Ausschlussfrist wohl auch nicht geeignet. Zwar ist ein entsprechendes Interesse des jeweiligen Antragstellers nachvollziehbar und grundsätzlich schutzwürdig.<sup>28</sup> Für die Zeitspanne zwischen der Entscheidung der Behörde und dem 01.07.2017, bis zu dem die Frage eines etwaigen Weiterbetriebs geklärt sein muss, ist der Zeitpunkt der Antragstellung aber allenfalls mittelbar von Bedeutung. Soweit über einen verspätet eingereichten Antrag erst kurz vor Ablauf des Übergangszeitraums entschieden werden kann, ist dies dem Antragsteller aufgrund der verspäteten Einreichung zuzurechnen, den ein Ausschluss des Antrags trotz Wiedereinsetzungsgründen zudem weit härter trafe als eine nur kurze Zeitspanne zur Reaktion auf die ergangene Entscheidung über den Weiterbetrieb. Letzterem Umstand könnte im Übrigen auch im Rahmen einer nach § 15 Abs. 2 GewO zu treffenden Ermessensentscheidung Rechnung getragen werden.<sup>29</sup>

Wenn überhaupt kommt es daher entscheidend auf den letzten in den Anwendungshinweisen genannten Gesichtspunkt an: Bei Zusammentreffen mehrerer Anträge und zugehöriger Befreiungsanträge verschiedener Betreiber am gleichen Standort solle die Frist sicherstellen, dass eine vergleichende Betrachtung *aller Anträge zu einem bestimmten Zeitpunkt* überhaupt möglich ist und der Zeitraum für die Einreichung von Anträgen nicht durch einzelne Antragsteller endlos ausgedehnt werden kann, während die Entscheidung über die Anträge anderer Antragsteller so lange zurückstehen muss.<sup>30</sup>

Dies überzeugt aber wohl ebenfalls nicht. Zwar ist es sinnvoll, über Anträge an einem Standort möglichst gemeinsam zu entscheiden. Angesichts der für die Bearbeitung zur Verfügung stehenden Zeitspanne können aber auch unter Wiedereinsetzung nachgeholte Anträge regelmäßig noch in die Bearbeitung mit einbezogen werden, so dass die angestrebte einheitliche Entscheidung ohne weiteres erfolgen kann. Eine positive Entscheidung über einen verspäteten Antrag wird zudem durch eine bereits ergangene Entscheidung über die für den jeweiligen Standort bereits vorliegenden Anträge nicht gehindert. Soweit es sich bei dem nachgeholten Antrag um einen Härtefall han-

18 Soweit Vorschriften des VwVfG zitiert werden sind dies solche des baden-württembergischen Landesgesetzes.

19 Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGlüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 24 f., allerdings ohne den Begriff, insbesondere im Hinblick auf eine etwaige Wiedereinsetzung, näher zu erläutern.

20 Allgemein zum Begriff der Ausschlussfrist *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 17. Aufl. 2016, § 31 Rn. 9 ff; *Mattes*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2014, § 31 Rn. 23 ff., jeweils m. w. N.

21 NdsOVG, Urt. v. 14.03.2007, DVBl. 2007, 703 m. w. N.

22 VGH BW, Urt. v. 24.02.2011, NVwZ-RR 2011, 605.

23 VGH BW, Urt. v. 24.02.2011, NVwZ-RR 2011, 605; OVG Saar, Beschl. v. 29.04.2009, LKRZ 2009, 316; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 17. Aufl. 2016, § 31 Rn. 9.

24 Vgl. VGH BW, Urt. v. 24.02.2011, NVwZ-RR 2011, 605.

25 Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGlüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 24 f.; dies entspricht der Gesetzesbegründung, die auf die zu erwartenden Anträge verweist, LT-Drs. 15/2431, S. 112.

26 VGH BW, Urt. v. 24.02.2011, NVwZ-RR 2011, 605.

27 Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGlüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 25.

28 VerfGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 – juris Rn. 382, VBIBW. 2014, 427 – 428 (Leitsatz).

29 Zur Schließung einer Spielhalle ohne notwendige Genehmigung nach § 41 LGlüG vgl. VGH BW, Beschl. v. 13.07.2015, ZfWG 2015, 383.

30 Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGlüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 25.

delt, kann trotz bereits erteilter Erlaubnisse im Wege der Befreiung eine weitere Erlaubnis erteilt werden. Liegt dagegen kein Härtefall vor, hätte sich der Antrag auch bei rechtzeitiger Einreichung nicht gegen vorrangige Härtefälle durchgesetzt. Im Übrigen entspricht in diesem Fall die Rechtsposition des Betreibers derjenigen eines Neuantragstellers, der unabhängig von der Antragsfrist jederzeit einen Antrag stellen kann. Gründe für die Schlechterstellung eines Bestandsbetriebs durch den Ausschluss nach Ablauf der genannten Frist eingehender Anträge trotz Vorliegens von Wiedereinsetzungsgründen sind indes nicht ersichtlich.

Im Ergebnis reichen daher Wortlaut der Vorschrift und Zweck der Regelung nicht dafür aus, dass es sich bei der in § 51 Abs. 4 Satz 3 LGLüG geregelten Antragsfrist um eine *materiellen Ausschlussfrist* handelt. Verspätet eingegangene Anträge sind daher unter der Voraussetzung zu berücksichtigen, dass eine Wiedereinsetzung erfolgreich war.

### 3. Härtefall

Zentrale Voraussetzung einer Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG ist das Vorliegen einer *unbilligen Härte*. Es handelt es sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der gerichtlich voll nachprüfbar ist. Ein Beurteilungsspielraum auf Tatbestandsebene, der gerichtlich nur eingeschränkt nachprüfbar wäre, steht der zuständigen Behörde insoweit nicht zu.<sup>31</sup>

#### a) Allgemeine Voraussetzungen

Das Vorliegen einer *unbilligen Härte* setzt allgemein voraus, dass der Vollzug des Gesetzes zu ungewollten, vom Gesetzgeber nicht beabsichtigten nachteiligen Folgen führt. Die Möglichkeit einer Befreiung dient damit der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall.<sup>32</sup> Sind Nachteile für einen Betroffenen dagegen typisches und vom Gesetzgeber generell in Kauf genommenes Ergebnis des Gesetzesvollzugs, liegt kein Härtefall vor. Diesen Nachteilen wird bereits durch die eingeräumte Übergangsfrist und die damit bestehende Möglichkeit, sich auf die geänderte Gesetzeslage einzustellen, hinreichend Rechnung getragen.<sup>33</sup> Allein der Umstand, dass eine Spielhalle aufgrund eines zu geringen Abstands zu einer weiteren Spielhalle keine Erlaubnis mehr erhält und schließen muss, führt damit nicht zu einem Härtefall, da dieser Ausschluss vom Gesetzgeber gerade bezweckt wird.<sup>34</sup> Dies schließt die mit einer Schließung typischerweise verbundenen Folgen mit ein.

Nicht erfasst und ungeeignet zur Begründung eines Härtefalls sind daher allgemeine, vor allem finanzielle Nachteile aufgrund der Schließung einer Spielhalle. Dies umfasst auch etwaige Nachteile bei der Altersversorgung des Betreibers. Diese Nachteile gehören ebenfalls noch zu den typischen Gesetzesfolgen, weil die mit einer Spielhallenschließung typischerweise verbundenen Vermögensnachteile immer auch Auswirkungen auf die Altersversorgung haben. Ebenfalls nicht zur Annahme einer unbilligen Härte führen der Verlust von Arbeitsplätzen sowie der Rückgang gemeindlicher Steuereinnahmen (Gewerbesteuer, Vergnügungssteuer). Auch diese Nachteile sind zum einen typische Folgen des Gesetzesvollzugs und treffen zum anderen nicht den Betreiber der Spielhalle, sondern Dritte, nämlich die jeweiligen Arbeitnehmer bzw. die Gemeinde. Die Befreiung soll aber gerade Härten für den Betreiber ausgleichen und nicht Dritte besser stellen, die allenfalls reflexartig begünstigt werden.

Bei der Prüfung der Frage, ob eine unbillige Härte i. S. v. § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG vorliegt, handelt es sich um eine *Einzelfallentscheidung*. Es sind sämtliche vom Antragsteller vorgetragene und von der Behörde ergänzend ermittelten bzw. bekannten Umstände zu berücksichtigen. Eine schematische Bewertung anhand einer Checkliste oder Bewertungsmatrix ist daher nicht zu empfehlen.<sup>35</sup>

#### b) Gesetzlich geregelte Anhaltspunkte

Im Gesetz ist nicht abschließend geregelt, wann ein Härtefall anzunehmen ist, der die Erteilung einer Befreiung – die immerhin eine der wichtigsten Zielsetzungen des Gesetzes, nämlich die Einhaltung von Mindestabständen zwischen Spielhallen, konterkariert – rechtfertigen könnte.<sup>36</sup> Das LGLüG benennt allerdings in § 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unbilligen Härte. Diese seien insbesondere dann gegeben, wenn eine *Anpassung des Betriebs* an die gesetzlichen Anforderungen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich oder mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar ist (dazu nachfolgend aa)), und *Investitionen*, die im Vertrauen auf den Bestand der nach Maßgabe des bisherigen Rechts erteilten Erlaubnis getätigt wurden, nicht abgeschrieben werden konnten. (dazu nachfolgend bb)).

Das zusätzliche Erfordernis nicht abgeschriebener Investitionen bezieht sich dabei nicht nur auf diejenigen Fälle, in denen eine Anpassung des Betriebs mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar ist. Die Unmöglichkeit einer Anpassung ist der Unwirtschaftlichkeit *gleichgestellt*, so dass in beiden Fällen nicht abgeschriebene Investitionen nachzuweisen sind. Dies ergibt sich bei Betrachtung des Wortlauts bereits daraus, dass erst nach den beiden Alternativen (unmöglich oder unwirtschaftlich) das Verb des Satzes „ist“ folgt und anschließend ein zusätzliches Erfordernis („und“) geregelt wird. Die Gleichstellung von Unmöglichkeit und Unwirtschaftlichkeit einer Anpassung wird zudem bestätigt durch einen Vergleich mit der Hamburger Regelung. Diese trifft in § 9 Abs. 1 Satz 5 HmbSpielhG eine nahezu wortgleiche Regelung, verzichtet aber für beide Fälle auf ein zusätzliches Erfordernis nicht abgeschriebener Investitionen.

Stets ist zu berücksichtigen, dass es sich bei den im Gesetz genannten Gesichtspunkten (Betriebsanpassung, Investitionen) lediglich um *Anhaltspunkte* für das Vorliegen einer unbilligen Härte handelt. Auch wenn beide Voraussetzungen erfüllt sind, liegt nicht gleichsam automatisch ein Härtefall vor, vielmehr ist weiterhin eine Gesamtbetrachtung aller Umstände erforderlich.

#### aa) Möglichkeit der Betriebsanpassung

In einem ersten Schritt ist zu klären, ob es dem Betreiber aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich ist, seinen Betrieb an die gesetzlichen Vorgaben anzupassen, oder ob dies mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar ist.

31 Zum Beurteilungsspielraum und den einschlägigen Fallgruppen *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7 Rn. 31 m. w. N.

32 HambOVG, Beschl. v. 21.01.2016, ZfWG 2016, 352.

33 Entsprechend kann der Betreiber den Übergangszeitraum zur Vorbereitung der Anpassung seines Betriebs an die sich ändernde Rechtslage nutzen und entsprechende Maßnahmen ergreifen, vgl. BVerfG, Beschl. v. 05.08.2015, WM 2015, 1827 zur Darlegung im Verfahren.

34 Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGLüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 26; Schreiben des Ministeriums für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 10.05.2016 (Az. 113-38.07.13-5) an die Bezirksregierungen, S. 6; ebenso die Vollzugshinweise zum Hessischen Spielhallengesetz, Ziff. 15.1.9.

35 Ausführlich das Protokoll der Dienstbesprechung mit den Regierungspräsidenten am 28.07.2016 zu Fragen einer Anwendung der Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 LGLüG und zur Auswahlentscheidung in Konkurrenzsituationen, dort S. 3 ff.

36 Entsprechende Forderungen nach einer weitergehenden Konkretisierung des Härtefallbegriffs über die im Gesetz enthaltenen Anhaltspunkte hinaus wurden im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens etwa vom Gemeindetag Baden-Württemberg vorgebracht, allerdings unter Verweis auf die Anwendungshinweise zum LGLüG nicht umgesetzt; LT-Drs. 15/2431, Anlage zur Begründung LGLüG, S. 69.

*(1) Anpassung*

Die Anpassung einer bestehenden Spielhalle an die Vorgaben des LGLüG bei gleichzeitiger Weiterführung des Spielhallenbetriebs ist grundsätzlich nicht möglich, wenn im Umkreis von 500 m eine weitere Spielhalle betrieben wird, da dies § 42 Abs. 1 LGLüG zuwider liefe.<sup>37</sup> Auf die Möglichkeit einer Befreiung von dieser Vorschrift kann daher nicht verwiesen werden, weil deren Voraussetzungen ja gerade zu prüfen sind und eine mögliche Befreiung nicht im Rahmen der Prüfung des Härtefalls bereits unterstellt werden kann.

Sofern sich in einem Gebäude mehrere Spielhallen befinden und im Übrigen das Abstandsgebot eingehalten wird, kommt eine Anpassung an das in § 42 Abs. 2 LGLüG geregelte Verbundverbot dadurch in Betracht, dass bis auf eine Spielhalle alle weiteren geschlossen werden. Dann wäre ein Weiterbetrieb der verbleibenden Spielhalle im Einklang mit dem LGLüG möglich, ohne dass es einer Befreiung bedürfte. Dies wird jedoch allenfalls dann in Betracht kommen, wenn die Spielhallen denselben Betreiber haben. Ungeachtet dessen sind die Voraussetzungen einer Befreiung für jede Spielhalle gesondert zu prüfen.

Der Begriff der Betriebsanpassung i. S. v. § 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG geht jedoch über den bloßen Weiterbetrieb einer Spielhalle unter veränderten Rahmenbedingungen hinaus und erfasst auch die Aufnahme anderer Nutzungen bei gleichzeitiger Schließung der Spielhalle (Anschlussnutzung).<sup>38</sup> Eine Anpassung kann damit etwa auch dadurch erfolgen, dass statt der Spielhalle in den entsprechenden Räumlichkeiten etwa eine Gaststätte oder eine andere gewerbliche Nutzung betrieben werden.<sup>39</sup> Der Betreiber hat im Rahmen der Härtefallprüfung darzulegen, aus welchen Gründen eine anderweitige Nutzung der Räumlichkeiten nicht in Betracht kommt und ggf. auch, welche Anstrengungen er im Hinblick auf eine Anpassung seines Betriebs unternommen hat.<sup>40</sup>

*(2) Tatsächliche oder rechtliche Gründe*

Die Möglichkeit einer Betriebsanpassung ist von sowohl tatsächlichen als auch rechtlichen Faktoren abhängig. Diese können eine Anpassung ausschließen oder aber dazu führen, dass eine mögliche Anpassung des Betriebs nicht wirtschaftlich ist.

*Tatsächliche Umstände*, die im Rahmen der Beurteilung nach § 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG zu berücksichtigen sind, sind zum einen die betrieblichen Rahmenbedingungen, bspw. bestehende vertragliche Verpflichtungen, insbesondere (langfristige) Miet- und Pachtverträge, Eigentum am Betriebsgrundstück oder die Kosten- und Personalstruktur. Zum anderen gilt dies für die bestehenden örtlichen Gegebenheiten, etwa bereits bestehende Konkurrenz vor Ort, Gemeindestruktur, Einwohnerzahl, Einzugsbereich und bestehende Verlagerungsmöglichkeiten. Neben den tatsächlichen Bedingungen ist eine Betriebsanpassung – ungeachtet der Vorgaben des LGLüG – nur im Rahmen der bestehenden *rechtlichen Vorgaben* möglich. Dies sind insbesondere bauplanungsrechtliche Restriktionen durch bestehende Bebauungspläne, aber auch Vorschriften des Brand- oder Denkmalschutzes.

Wird im Rahmen eines Härtefallantrags auf vertragliche Verpflichtungen verwiesen, ist stets zu prüfen und durch den Betreiber nachzuweisen, ob und wie diese angepasst oder beendet werden können.<sup>41</sup> Relativ einfach stellt sich die Situation dar, wenn im Vertrag Kündigungsmöglichkeiten vorgesehen sind, die der Betreiber zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile im Falle einer Schließung in Anspruch nehmen kann. Neben der Ausübung vertraglich vorgesehener Kündigungsrechte kommt auch eine einvernehmliche Aufhebung oder eine Anpassung<sup>42</sup> des Vertrags in Betracht. Dies gilt insbesondere dann, wenn Eigentümer und Betreiber zwar rechtlich selbständig sind, wirtschaftlich betrachtet aber Eigentum und Betrieb in einer Hand liegen.<sup>43</sup> Schließlich kommt auch eine Anpassung

oder Kündigung nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) in Betracht.

*(3) Unmöglichkeit*

Es dürfte die große Ausnahme darstellen, dass eine Anpassung des Betriebs nicht möglich ist. *Tatsächliche* Hinderungsgründe sind kaum vorstellbar. Gleiches gilt für planungsrechtliche Anforderungen: Wo eine Spielhalle zulässig war, dürften jedenfalls generell gewerbliche Nutzungen nicht ausgeschlossen und bspw. insbesondere Gaststätten zulässig sein, so dass auch unüberwindbare planungsrechtliche Hindernisse kaum je vorliegen dürften.<sup>44</sup> Eher kommen *bauordnungsrechtliche* Hindernisse in Betracht, indem etwa die Umwandlung einer Spielhalle in eine Gaststätte oder eine andere gewerbliche Nutzung aufgrund gestiegener Anforderungen bspw. im Brandschutz oder mit Blick auf einen höheren Stellplatzbedarf nicht genehmigungsfähig erscheint. Manche rechtlichen Vorgaben für eine Umnutzung des betroffenen Objekts dürften „nur“ eine Frage des Geldes sein.

Ein Fall der rechtlichen Unmöglichkeit kann schließlich auch darin liegen, dass aufgrund (miet-/pacht-)vertraglicher Regelungen eine anderweitige Nutzung der Räumlichkeiten unzulässig und eine Änderung oder Beendigung des Vertrags nicht zu erreichen ist – was aber vom Betreiber nachzuweisen ist. Im Ergebnis wird die Frage einer etwaigen Anpassung des Betriebs regelmäßig im Rahmen einer *wirtschaftlichen Betrachtung* (dazu sogleich 4.) zu beantworten sein.

*(4) Unwirtschaftlichkeit*

Bei der Prüfung eines Härtefalls wird es daher vor allem darauf ankommen, ob eine Anpassung des Betriebs an die Vorgaben des LGLüG mit einer *wirtschaftlichen Betriebsführung* vereinbar ist.

Wann eine Anpassung des Betriebs mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar sein soll, lässt sich dem Gesetz aber nicht entnehmen. In den *Anwendungshinweisen* heißt es hierzu, unter einer wirtschaftlichen Betriebsführung im Sinne des LGLüG sei eine Betriebsführung zu verstehen, bei der eine *Insolvenz* mit hinreichender Sicherheit nicht zu erwarten ist.<sup>45</sup> Die Anpassung des Betriebs dürfe einerseits nicht zu

37 Allenfalls könnte auf eine Spielhalle ohne Geldspielgeräte umgestellt, also lediglich mit Spielgeräten ohne Gewinnmöglichkeit, da diese von den Vorgaben des LGLüG gemäß § 40 S. 1 LGLüG nicht erfasst werden.

38 HambOVG, Beschl. V. 21.01.2016, ZfWG 2016, 352; so auch die Gesetzesbegründung, LT-Drs. 15/2431, S. 113 und die Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGLüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 26. Ebenso VGH BW, Beschl. v. 13.07.2015, ZfWG 2015, 383 (zu § 15 Abs. 2 GewO).

39 Daneben kommt auch eine Nutzung als Spielhalle in Betracht, soweit keine Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit aufgestellt werden (s. Rn. 32). Angesichts der geringen Einnahmen, die bei einer derartigen Ausgestaltung der Spielhalle realistisch erzielt werden können, dürfte dieser Fall im Hinblick sowohl auf den Anreiz zur Umstellung als auch die gebotene Wirtschaftlichkeitsbetrachtung eher theoretischer Natur sein.

40 HambOVG, Beschl. v. 21.01.2016, ZfWG 2016, 352 (zu § 9 Abs. 1 Satz 4 und 5 HambSpielhG); ebenso die Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGLüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 16f.

41 HambOVG, Beschl. v. 21.01.2016, ZfWG 2016, 352.

42 Z. B. Im Hinblick auf die Dauer der vertraglichen Bindung oder den vereinbarten Miet- bzw. Pachtzins.

43 Bspw. wenn der Eigentümer der Spielhalle alleiniger Gesellschafter der Betreibergesellschaft ist.

44 Hier wäre im Hinblick auf den langen Übergangszeitraum von fünf Jahren ggf. darzulegen, dass die Gemeinde zu einer entsprechenden Planänderung nicht bereit gewesen ist, etwa durch Vorlage entsprechenden Schriftverkehrs.

45 Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGLüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 26.

einer (drohenden) Zahlungsunfähigkeit (§§ 17 f. InsO), andererseits nicht zu einer Überschuldung (§ 19 InsO) führen.

Das ist in dieser Allgemeinheit wohl nicht zutreffend. Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 InsO kann das Insolvenzverfahren über das Vermögen jeder natürlichen und jeder juristischen Person eröffnet werden. Eine Anknüpfung an die Regelungen der Insolvenzordnung bedeutet daher, auf die Konsequenzen für den Betreiber – gleich ob natürliche oder juristische Person – abzustellen. Bei einem Betreiber mit nur einer Spielhalle führen betriebs- und personenbezogene Betrachtung daher kaum zu verschiedenen Ergebnissen. Anders aber, wenn ein Betreiber mehrere oder gar viele Spielhallen betreibt: Hier wird selbst die dauerhafte Unwirtschaftlichkeit einer Spielhalle aufgrund einer Anpassung an das LGlüG oft nicht die Insolvenz des Betreibers zur Folge haben. Diese Ungleichbehandlung leuchtet nicht ein, erst recht nicht, wenn man sich vor Augen hält, dass das Ergebnis sonst ganz von der wirtschaftlichen Gestaltung abhängt, da seinen Betrieb nur in rechtlich selbständige Einzelbetriebe aufzuspalten braucht, wer die Unwirtschaftlichkeit am Einzelbetrieb gemessen sehen möchte.

Richtigerweise ist daher eine *auf die einzelne Spielhalle bezogene* Betrachtung anzustellen.<sup>46</sup> In diesem Sinne ist der Begriff des „Betriebs“ in § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG zu verstehen, obgleich in der Rechtsprechung in Bezug auf die Erlaubnispflicht ein raumbezogener Spielhallenbegriff vertreten wird, nach dem eine Spielhalle gerade nicht die organisatorischen Merkmale eines Betriebs aufweisen muss.<sup>47</sup> Diese Auslegung ergibt sich zum einen daraus, dass § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG ausdrücklich auf den Betrieb bzw. die Betriebsführung abstellt und gleichzeitig § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG in Bezug auf die Befreiungsvoraussetzungen auf die Regelung in § 51 Abs. 4 Satz 1 LGlüG verweist, wonach die Befreiung für den „Betrieb einer bestehenden Spielhalle“ in Abhängigkeit vom Zeitpunkt der für diese Spielhalle erteilten Erlaubnis erfolgt. Zum anderen ist die Anpassung eines Betriebs an die Vorgaben des LGlüG in tatsächlicher Hinsicht nur in Bezug auf konkrete Räumlichkeiten denkbar, in denen sich die Spielhalle befindet. Schließlich würde eine betreiberbezogene Betrachtung im Ergebnis zu einer Saldierung von Standorten im Hinblick auf eine etwaige Insolvenz führen – was für die Härtefallprüfung aber abgelehnt wird.<sup>48</sup>

Im Ergebnis ist es daher für eine unwirtschaftliche Betriebsführung i. S. v. § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG ausreichend, dass die Anpassung dauerhaft zu wirtschaftlichen Verlusten einer Spielhalle führt.<sup>49</sup> Eine drohende Insolvenz des Betreibers ist dagegen nicht erforderlich.<sup>50</sup>

#### bb) *Vertrauenstatbestand*

Neben einer unmöglichen oder wirtschaftlich nicht zumutbaren Betriebsanpassung setzt die Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG zusätzlich einen *Vertrauenstatbestand* voraus. Dies bedeutet, dass der Betreiber im Vertrauen auf den Bestand der Genehmigung Investitionen getätigt haben muss, die noch nicht abgeschlossen sind.

Beide Voraussetzungen müssen *kumulativ* vorliegen. Ist dies nicht der Fall, schließt dies die Annahme einer unbilligen Härte zwar nicht aus, da § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG insoweit nicht abschließend ist. Allerdings kann dann nicht § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG unmittelbar herangezogen werden, und der (unbenannte) Härtefall ist im Einzelfall zu begründen.

#### (1) *Investition*

Der Begriff der *Investition* wird in § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG nicht bestimmt. Allgemein versteht man hierunter unter betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten den Einsatz von Kapital zu einem bestimmten Zweck. Nach dem Wortlaut sind jedoch nur solche Investitionen von § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG erfasst,

die abgeschrieben werden können. Die *Abschreibungsfähigkeit* ist wiederum im Einzelfall vom Betreiber darzulegen und dürfte jedenfalls bei der Beschaffung etwa von Einrichtungsgegenständen unproblematisch gegeben sein. Bei Aufwendungen für bauliche Maßnahmen wird regelmäßig zu unterscheiden sein, ob der Betreiber Eigentümer des Grundstücks und des Gebäudes ist und ob es sich etwa um Maßnahmen zur Einrichtung der Spielhalle oder um Instandhaltungs- oder Reparaturmaßnahmen handelt. Im Einzelfall ist neben den Betreibern insbesondere den die Anträge bearbeitenden Behörden anzuraten, bei Bedarf ergänzendes Sachverstand hinzuzuziehen, etwa durch Beteiligung eines Steuerberaters oder Fachanwalts für Steuerrecht, wobei die Behörde natürlich zunächst entsprechende fachlich fundierte und fachmännisch aufbereitete Angaben vom Antragsteller verlangen wird.

Der Begriff der Investition erfasst nicht jegliche Vermögensdisposition<sup>51</sup> und bspw. nicht den Abschluss eines langfristigen Vertrags mit sich daraus ergebenden Zahlungsverpflichtungen: Langfristige Verträge, insbesondere Miet-/Pachtverträge, verursachen zwar laufende Kosten, die sich auf die Wirtschaftlichkeit des Betriebs auswirken – und damit bereits im Rahmen der Frage nach der Wirtschaftlichkeit einer etwaigen Betriebsanpassung zu berücksichtigen sind<sup>52</sup> – sind aber nicht abschreibungsfähig und damit keine Investitionen i. S. v. § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG. Schutzwürdige Vermögensdispositionen können allerdings als unbenannte Härtefälle im Einzelfall ebenfalls zu einer Anwendung der Befreiungsregelung führen.<sup>53</sup>

Zur Berücksichtigung von Investitionen im Rahmen der Härtefallprüfung müssen diese einer bestimmten Spielhalle zugeordnet werden können, was vom Antragsteller zu belegen ist.<sup>54</sup> Soweit Investitionen eines Betreibers mehreren Spielhallen zugeordnet werden können, ist im Einzelfall eine Aufteilung, etwa anhand eines Flächenmaßstabs, denkbar.<sup>55</sup>

#### (2) *Vertrauen auf Bestand der Genehmigung*

Investitionen allein sind als Anhaltspunkt für einen Härtefall nicht ausreichend. Weitere Voraussetzung ist, dass die Investition im Vertrauen auf den Fortbestand der nach altem Recht erteilten Genehmigung erfolgt und insoweit *schutzwürdig* ist. Dies ist im Ergebnis nicht der Fall bei Investitionen nach dem 18.11.2011.<sup>56</sup>

46 So auch HambOVG, Beschl. v. 21.01.2016, ZfWG 2016, 352.

47 Für einen betriebsbezogenen Spielhallenbegriff VGH BW, Urt. v. 24.02.1982, NVwZ 1983, 297; a. A. dagegen nachgehend BVerwG, Urt. v. 09.10.1984, NVwZ 1985, 269 (raumbezogener Spielhallenbegriff); s. dazu auch *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 33 i GewO Rn. 10 ff.

48 HambOVG, Beschl. v. 21.01.2016, ZfWG 2016, 352; Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGlüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 26 f.

49 HambOVG, Beschl. v. 21.01.2016, ZfWG 2016, 352.

50 Dies deckt sich im Übrigen mit den Ausführungen in den Anwendungshinweisen des Ministeriums zu getätigten Investitionen, die ebenfalls einer Spielhalle zugeordnet werden müssen. Eine Saldierung verschiedener Standorte und damit eine betreiberbezogene Betrachtung erfolgt auch hier nicht.

51 So aber etwa die Regelung in Bremen (§ 11 BremSpielG) und Mecklenburg-Vorpommern (§ 11 b GlüStVAG).

52 Dazu oben aa) (4).

53 Dazu nachfolgend c).

54 Aufgrund der gebotenen betriebsbezogenen Betrachtung, s. dazu oben II. 3. B) aa) (4).

55 Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGlüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 26 f.

56 In diesem Zusammenhang ist der Zeitpunkt der Investitionsentscheidung des Betreibers nicht maßgebend, da diese noch keine Verpflichtungen des Betreibers begründet. Ist die Auftragserteilung noch vor dem Stichtag erfolgt, steht eine Realisierung aber noch ganz oder teilweise aus – was angesichts

Der genannte Stichtag<sup>57</sup> betrifft zunächst nur die Unterscheidung bei Bestandsspielhallen zwischen denjenigen Betrieben, die im Anschluss an das Inkrafttreten der Erlaubnispflicht nach dem LGLüG gemäß § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG während einer fünfjährigen Übergangsfrist Bestandsschutz genießen, und solchen, für die aufgrund Erteilung der Erlaubnis nach § 33 i GewO nach dem 18.11.2011 diese nur ein Jahr gilt (§ 51 Abs. 4 Satz 2 LGLüG). Ab dem 18.11.2011 konnte ein Betreiber nicht mehr auf den Fortbestand der bis dahin geltenden Rechtslage vertrauen und musste mit einer Änderung der Rechtslage und angesichts der im Entwurf vorgesehenen Regelungen mit einer restriktiven Neuregelung des Spielhallenrechts rechnen.<sup>58</sup>

Dies lässt sich auf die Frage der Schutzwürdigkeit von Investitionen übertragen. Ein Investor kann sich dann nicht mehr auf Vertrauen auf den Fortbestand einer erteilten Genehmigung berufen, wenn er mit einer Rechtsänderung rechnen musste. Demzufolge kann ein Härtefall nicht unter Verweis auf getätigte Investitionen begründet werden, die nach dem 18.11.2011 erfolgt sind, da dann das vom Gesetz im § 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG vorausgesetzte Vertrauen in den Fortbestand der bestehenden Genehmigung ausgeschlossen ist.<sup>59</sup>

### (3) Fehlende Abschreibung

Schließlich setzt § 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG voraus, dass die Investition noch nicht abgeschrieben werden konnte. Hierzu ist auf die entsprechenden AfA-Tabellen zurückzugreifen, nach denen etwa angeschaffte Geldspielgeräte bereits innerhalb vier Jahren abzuschreiben sind.<sup>60</sup> Soweit Geldspielgeräte nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist noch nicht abgeschrieben sind, wurden sie damit nach dem 18.11.2011 beschafft, der Betreiber ist insoweit also nicht schutzwürdig. Die noch nicht erfolgte Abschreibung ist wiederum vom Betreiber – unter Vorlage entsprechender Nachweise und Stellungnahmen – zu belegen.

Das Gesetz sieht dem Wortlaut nach keine *Mindesthöhe* des noch nicht abgeschriebenen Betrags oder eine *Mindestdauer* des noch ausstehenden Abschreibungszeitraums vor. Angesichts der Zielsetzung der gesetzlichen Regelung, die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall zu gewährleisten und unbillige Härten zu vermeiden, sind diese Gesichtspunkte jedoch im Rahmen der zu treffenden Einzelfallentscheidung zu berücksichtigen. Entsprechend kann berücksichtigt werden, dass eine Investition zwar noch nicht abgeschrieben ist, sich aber bereits amortisiert hat, oder dass angeschaffte Einrichtungen anderweitig verwendet oder verwertet werden können.<sup>61</sup>

Im Ergebnis wird regelmäßig nur eine Investition, die in hinreichender Höhe noch nicht abgeschrieben ist, die Annahme einer unbilligen Härte rechtfertigen können. Abschließende Aussagen zu etwaigen Geringfügigkeitsgrenzen lassen sich in allgemeiner Form allerdings kaum treffen.

### c) Unbenannte Härtefälle

Der in § 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG in den Blick genommene Fall beschreibt den Begriff des Härtefalls nicht abschließend. Dies kommt zum einen dadurch zum Ausdruck, dass die genannten Gesichtspunkte bereits nach dem Gesetzeswortlaut lediglich Anhaltspunkte darstellen. Zum anderen zeigt die Verwendung des Wortes „insbesondere“, dass die genannten Anhaltspunkte als nicht abschließend zu verstehen sind. Neben dem gesetzlich beschriebenen Fall sind damit weitere *unbenannte Härtefälle* nicht ausgeschlossen. Weder dem Gesetz noch den Auslegungshinweisen ist allerdings zu entnehmen, um welche Fallkonstellationen oder Umstände es sich dabei handeln könnte.<sup>62</sup> Stets wird aber betont, dass die gesetzliche Regelung als nicht abschließend zu verstehen und es aufgrund der Vielgestaltigkeit der Lebenswirklichkeit ausgeschlossen sei, alle denkbaren Fallgestaltungen darzustellen.<sup>63</sup>

Ein unbenannter Härtefall kann dann vorliegen, wenn zwar keine abschreibungsfähige Investition i. S. d. gesetzlich geregelten Anhaltspunkte vorliegt, der Betreiber einer Spielhalle aber im Vertrauen auf den Fortbestand seiner Erlaubnis eine *Vermögensdisposition* getroffen hat, die bei einer Schließung der Spielhalle dauerhaft nicht mehr durch entsprechende Einnahmen aus dem Betrieb der Spielhalle gedeckt werden kann. Wichtigster Anwendungsfall dürfte der Abschluss von Miet- oder Pachtverträgen sein, die vom Betreiber auch nach der Schließung seiner Spielhalle bedient werden müssen.<sup>64</sup> Der so geschaffene Vertrauenstatbestand ist insoweit mit einer getätigten Investition – die ebenfalls über Einnahmen aus dem Betrieb der Spielhalle refinanziert wird, aber anders als laufende Kosten aus Miet- oder Pachtverträgen abgeschrieben wird – vergleichbar.<sup>65</sup> Hinsichtlich der Schutzwürdigkeit ist dabei derselbe Maßstab anzulegen wie bei Investitionen, so dass Vermögensdispositionen, die nach dem 18.11.2011 und insoweit bereits in Kenntnis der beabsichtigten Neuregelung erfolgt sind, unberücksichtigt bleiben.<sup>66</sup> In Anlehnung an die in § 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG geregelten Anhaltspunkte wird auch hier zu fordern sein, dass eine Anpassung des Betriebs nicht möglich oder unwirtschaftlich ist. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sind daneben insbesondere Umfang und Dauer der vertraglichen Verpflichtungen zu berücksichtigen.

Letztlich dürfte über die dargestellten wirtschaftlichen Gesichtspunkte hinaus allenfalls eine *atypische persönliche oder familiäre Lebenssituation* die Annahme eines unbenannten Härtefalls rechtfertigen können, wenn sich die mit der Schließung einer Spielhalle einhergehenden Nachteile aufgrund der Lebenssituation so gravierend für den Betroffenen auswirken, dass – auch ohne Vorliegen der im Gesetz genannten Anhaltspunkte – vom Vorliegen eines Härtefalls auszugehen ist.<sup>67</sup> Diese Fälle dürften selten sein.

des seither verstrichenen Zeitraums erklärungsbedürftig sein dürfte – sind Kündigungsmöglichkeiten zu prüfen.

<sup>57</sup> Zum Hintergrund schon oben II.1. m. w. N., s. a. unten Fn. 61.

<sup>58</sup> VerfGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 – juris Rn. 461, VBIBW. 2014, 427 – 428 (Leitsatz). Ursprünglich war als Stichtag der 28.10.2011 vorgesehen, da zu diesem Zeitpunkt der Beschluss der Ministerkonferenz erfolgt ist, in dem sich die Länder darauf verständigt haben, den Glücksspieländerungsstaatsvertrag bis zum 15.12.2011 unterzeichnen zu wollen. Dies wurde indes vom VerfGH BW beanstandet, da der Beschluss in nichtöffentlicher Sitzung gefasst wurde und der beschlossene Entwurf erst mit der LT-Drs. 15/849 öffentlich bekannt wurde. Ausführlich hierzu VerfGH BW, Urt. v. 17.06.2014 – 1 VB 15/13 – juris Rn. 457 ff., VBIBW. 2014, 427 – 428 (Leitsatz). Im Einzelfall ist es denkbar, auf einen anderen (früheren) Zeitpunkt abzustellen, wenn aufgrund der konkreten Umstände bereits zu diesem Zeitpunkt das Vertrauen nicht mehr schutzwürdig war.

<sup>59</sup> VGH BW, Beschl. v. 13.07.2015, ZfWG 2015, 383; HambOVG, Beschl. v. 21.01.2016, ZfWG 2016, 352; Beschl. v. 24.06.2014, ZfWG 2014, 317. Die Ausführungen des HambOVG beziehen sich auf den 28.10.2011, die Argumentation ist aber insoweit übertragbar.

<sup>60</sup> Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGLüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 24. Die Tabellen sind abrufbar unter [www.bundesfinanzministerium.de](http://www.bundesfinanzministerium.de).

<sup>61</sup> HambOVG, Beschl. v. 21.01.2016, ZfWG 2016, 352; OVG Saar, Beschl. v. 10.02.2014, ZfGW 2014, 124; VG Oldenburg, Beschl. v. 03.09.2013, ZfGW 2014, 149.

<sup>62</sup> Dies gilt nicht nur für die Anwendungshinweise in Baden-Württemberg. Auch in anderen Bundesländern – soweit Anwendungshinweise vorliegen – sind die Handreichungen zur Anwendung der entsprechenden Gesetze regelmäßig eher unergiebig.

<sup>63</sup> Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGLüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 28.

<sup>64</sup> In den Anwendungshinweisen findet insoweit keine Differenzierung statt, es heißt lediglich in allgemeiner Form, langfristige Vertragsverhältnisse seien zu berücksichtigen.

<sup>65</sup> Zur Frage einer möglichen Beendigung oder Anpassung des Vertragsverhältnisses kann auf die Ausführungen unter II. 3. b) aa) (2) verwiesen werden.

<sup>66</sup> S. vorstehend bb) (2).

### III. Ermessensausübung

Liegen die unter II. genannten Voraussetzungen vor, steht die Erteilung einer Befreiung im *Ermessen* der zuständigen Behörde. Diese hat zu entscheiden, *ob* sie die Befreiung erteilt und für welchen *Zeitraum* dies erfolgt. Die Ermessensentscheidung ist – anders als das Vorliegen einer unbilligen Härte – gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbar.<sup>68</sup>

#### 1. Ermessenserwägungen

Nach § 51 Abs. 5 Satz 1 sind im Rahmen der Ermessensausübung der *Zeitpunkt der Erteilung* der Erlaubnis nach § 33 i GewO sowie der *Schutzzweck* des LGLüG zu berücksichtigen.

Bei der Berücksichtigung des Zeitpunkts der Erteilung der bestehenden Erlaubnis ist Zurückhaltung geboten. Der Zeitpunkt der Erteilung und damit das Alter der Spielhalle sind als solche neutrale Kriterien. Eine Bevorzugung von Spielhallen allein aufgrund ihres Alters lässt sich sachlich nicht begründen. Insofern begegnet die Interpretation in den Anwendungshinweisen, wonach auf diesem Wege alteingesessenen Spielhallenbetreibern Hilfe zuteil werden könnte,<sup>69</sup> erheblichen Bedenken, wenn diese „Hilfe“ sich sachlich nicht begründen lässt. Möglicher Ansatzpunkt ist etwa die Amortisation getätigter Investitionen bei älteren Spielhallen, was aber eher mit dem Zeitpunkt der Investition als mit dem Alter der Spielhalle zusammenhängen dürfte. Das (Wohl-)Verhalten des Betreibers in der Vergangenheit ist zwar grundsätzlich ein denkbare Kriterium, alleine aus einer kürzeren Betriebszeit können aber keine nachteiligen Schlüsse für eine jüngere Spielhalle gezogen werden.

Der *Schutzzweck* des Gesetzes (insbesondere Suchtbekämpfung und -prävention sowie Jugend- und Spielerschutz)<sup>70</sup> kann in mehrfacher Hinsicht zum Tragen kommen. Denkbarer Ansatzpunkt ist zum einen das Maß der Unterschreitung des gebotenen Mindestabstands. Dies gilt insbesondere dann, wenn etwa der in Luftlinie zu messende Mindestabstand zwar nicht eingehalten wird, aufgrund topographischer Besonderheiten der tatsächlich zurückzulegende Wege zwischen den beiden Spielhallen aber länger ist und daher ein – aus Gründen des Spielerschutzes zu verhindernder – unmittelbarer Wechsel zwischen den Spielhallen nicht droht.<sup>71</sup> Umgekehrt kann bei mehreren Spielhallen in engem räumlichem Zusammenhang, bei denen jeweils die tatbestandlichen Voraussetzungen einer Befreiung vorliegen, dieser Umstand zu einer Auswahl zwischen den Spielhallen und damit einer Versagung der Befreiung zur Vermeidung einer zu hohen Spielhallendichte führen.<sup>72</sup>

Ogleich bei bestehenden Spielhallen gemäß § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG ein Mindestabstand zu Einrichtungen für Kinder und Jugendliche (§ 42 Abs. 3 LGLüG) nicht einzuhalten ist, kann die Nähe zu derartigen Einrichtungen und eine sich daraus ergebende Gefährdungslage bei der Ermessensausübung berücksichtigt werden. § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG steht dem nicht entgegen, da § 42 Abs. 3 LGLüG nicht unmittelbar zur Anwendung kommt und eine Berücksichtigung des Jugendschutzes gesetzlich angeordnet ist. Allerdings ist die bestehende Gefährdungslage bei einer Versagung unter Verweis auf den Jugendschutz im Einzelfall zu begründen, eine bloße Unterschreitung des Abstands nach § 42 Abs. 3 LGLüG nicht ausreichend, da dies andernfalls § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG unterlaufen würde.

Schließlich kann Berücksichtigung finden, ob der Betreiber – insbesondere unter Berücksichtigung seiner bisherigen Betriebsführung – die Gewähr für die Einhaltung der Ziele des Gesetzes bietet. Hier ist Vorsicht geboten. Schließen die berücksichtigten Umstände die Zuverlässigkeit des Betreibers aus, kann eine Erlaubnis schon nach § 41 Abs. 2 Nr. 1 LGLüG i. V. m. den entsprechenden Vorschriften der GewO nicht erteilt werden. Eine Aufhebung der Erlaubnis nach § 33 i GewO

ist ebenfalls nicht erfolgt. Damit verbleiben Umstände unterhalb der Schwelle der Unzuverlässigkeit, die dann aber über den Umweg der Ermessensentscheidung zum selben Ergebnis – nämlich der Versagung der Erlaubnis – führen. Dies ist allenfalls dann denkbar, wenn signifikante Unterschiede zwischen den Betreibern bestehen und die herangezogenen Umstände nachgewiesen sind. Ist in der Vergangenheit keine Aufhebung erfolgt, weil kein hinreichender Nachweis eines Fehlverhaltens vorlag, kann dies nicht bei der Ermessensausübung gleichsam ausgeglichen werden.

Neben den bereits im Gesetz genannten Punkten können bei der Erteilung einer Befreiung weitere Gesichtspunkte eine Rolle spielen, etwa *städtebauliche Erwägungen*. Vielfach war in der Vergangenheit zu beobachten, dass Gemeinden Spielhallen in bestimmten Gebieten konzentrierten, um im Gegenzug in anderen Bereichen Spielhallen bauplanungsrechtlich auszuschließen. Hierfür wurden regelmäßig entsprechende städtebauliche Konzepte (§ 1 Abs. 6 Nr. 11 BauGB) aufgestellt. Die Konzentration der Spielhallen, durch die die Abstandsvorgaben des LGLüG unterschritten werden, beruht damit auf einer bewussten, städtebaulich motivierten Entscheidung der betreffenden Gemeinde. In einem solchen Fall kann dies im Rahmen der Abwägung zugunsten der Antragsteller Berücksichtigung finden<sup>73</sup> und muss dies wohl auch. Umgekehrt sind aber auch Fälle denkbar, bei denen eine Befreiung für Spielhallen beantragt wird, die innerhalb eines Bereichs liegen, in dem ausweislich des entsprechenden städtebaulichen Konzepts Spielhallen künftig nicht mehr zugelassen werden sollen und die vorhandenen Spielhallen auf den Bestandsschutz beschränkt bleiben sollen. In einer solchen Konstellation kann umgekehrt eine Berücksichtigung des städtebaulichen Konzepts auch zulasten einzelner oder gar aller Antragsteller erfolgen.<sup>74</sup>

Gesichtspunkte, die bereits auf Tatbestandsseite im Rahmen der Härtefallprüfung berücksichtigt wurden, sind nicht schon deshalb von einer Berücksichtigung im Rahmen der Ermessensausübung ausgeschlossen. So können etwa bei der Bestimmung des angemessenen Zeitraums<sup>75</sup> die Laufzeit vertraglicher Verpflichtungen sowie Abschreibungs- und Amortisationszeiträume berücksichtigt werden. Entsprechendes gilt für die Höhe finanzieller Belastungen oder noch nicht abgeschriebener Investitionen. Inkonsequent wäre es allerdings, auf der Grundlage noch nicht abgeschriebener Investitionen einen Härtefall anzunehmen, anschließend aber bei der Ermessensausübung eine

67 So etwa das Schreiben des Ministeriums für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 10.05.2016 (Az. 113-38.07.13-5) an die Bezirksregierungen. Danach soll etwa die Unabdingbarkeit des Weiterbetriebs einer Spielhalle für die eigenständige Sicherstellung des Lebensunterhalts, etwa aufgrund fortgeschrittenen Lebensalters des Betreibers, unter Berücksichtigung weiterer Umstände einen Härtefall begründen können.

68 Allgemein zur Überprüfung von Ermessensentscheidungen *Kopp/Schenke*, VwGO, 21. Aufl. 2015, § 114 Rn. 4 ff. m. w. N.

69 Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGLüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 28.

70 § 1 LGLüG i. V. m. § 1 1. GlüÄndStV, dort insbesondere die Nrn. 1 – 3.

71 Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGLüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 27. Zur Zielsetzung des Mindestabstands vgl. die Gesetzesbegründung, LT-Drs. 15/2431, S. 105.

72 Zu den Voraussetzungen einer Auswahlentscheidung s. u. IV.

73 Beispiel aus dem Schreiben des Ministeriums für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 10.05.2016 (Az. 113-38.07.13-5) an die Bezirksregierungen, dort S. 5.

74 Ein – dem städtebaulichen Konzept entsprechender – dauerhafter Ausschluss kann auf diese Weise allerdings nur erreicht werden, wenn Neuanträge am Abstandsgebot nach § 42 Abs. 3 LGLüG zu Kinder- und Jugendeinrichtungen scheitern. Andernfalls könnte jedenfalls eine Spielhalle am Standort ggf. nachträglich und unabhängig von der Übergangsregelung genehmigt werden.

75 S. dazu sogleich 2.

Befreiung unter Verweis auf eine als geringfügig oder unerheblich anzusehende Belastung abzulehnen.

## 2. Befristung

Die Befreiung wird nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG für einen „angemessenen Zeitraum“ erteilt.

### a) Obergrenze

Eine *Obergrenze* für die zeitliche Befristung einer Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG ist gesetzlich nicht geregelt. Sie ergibt sich allerdings mittelbar daraus, dass die Befreiung als Bestandteil der Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG erteilt wird, deren Geltungsdauer nach § 41 Abs. 1 Satz 3 LGLüG auf maximal 15 Jahre zu befristen ist. Eine über die Geltung der Erlaubnis hinausreichende Befreiung kommt damit nicht in Betracht, da bei erneuter Erteilung einer Erlaubnis die Übergangsregelung nicht mehr zur Anwendung kommt.

Aus der Geltungsdauer des GlStV bis zum 30.06.2021 gemäß § 35 Abs. 2 Satz 1 1. GlÄndStV ergibt sich dagegen keine zeitliche Beschränkung, da mit dem LGLüG eine selbständige landesrechtliche Regelung vorliegt, die nicht lediglich auf die unmittelbare Anwendung des Staatsvertrags verweist und eine entsprechende Regelung nicht enthält.<sup>76</sup>

### b) Synchronisierung von Genehmigung und Befreiung

Wenn auch nicht rechtlich geboten so dürfte es doch sinnvoll sein, die Befristung der Befreiung und die Befristung der Genehmigung gemäß § 41 Abs. 1 Satz 2 LGLüG zeitlich aufeinander abzustimmen, damit im Ergebnis die Geltungsdauer der Befreiung derjenigen der Erlaubnis entspricht.<sup>77</sup>

### c) Zeitliche Bemessung

Bei der zeitlichen Bemessung des angemessenen Befreiungszeitraums ist – obgleich eine Obergrenze nicht besteht – doch zu berücksichtigen, dass es sich zum einen bei der Befristungsmöglichkeit um Übergangsrecht handelt, zum anderen die Regelung auf dem Glücksspielstaatsvertrag beruht, der nur für eine beschränkte Zeitdauer Geltung beansprucht. Nach Ablauf des Geltungszeitraums ist der Staatsvertrag neu zu verhandeln, was in der Folge zu Änderungen auch des LGLüG führen kann. Um zu gewährleisten, dass eine Rechtsänderung ihren Eingang auch in die Genehmigungspraxis finden kann, kann dieser Gesichtspunkt bei der Bemessung der Befristung Berücksichtigung finden, was zu Befreiungszeiträumen deutlich unter 15 Jahren führen kann.<sup>78</sup>

Als zweites Kriterium bietet es sich an, bei der Bemessung des angemessenen Zeitraums die im Rahmen der Härtefallprüfung festgestellten Abschreibungszeiträume sowie die Höhe des noch nicht abgeschrieben Betrags zu berücksichtigen. Es ist zwar nicht erforderlich, eine vollständige Abschreibung oder Amortisation der Investition durch eine entsprechend lange Befristung zu gewährleisten.<sup>79</sup> Dies kann aber jedenfalls im Rahmen der Ermessensausübung berücksichtigt werden und im Einzelfall zu unterschiedlichen Befristungszeiträumen führen.

Die Möglichkeit unterschiedlich langer Befristungen bei konkurrierenden Spielhallen eröffnet zudem eine zusätzliche Steuerungsmöglichkeit. Nach Auslaufen der Befreiung kann eine erneute Befreiung nicht erteilt werden, es wird damit eine Erlaubnis nach § 41 LGLüG erforderlich, deren Erteilung insbesondere von der Einhaltung des Abstandsgebots abhängt. Besteht aber im Umkreis von 500 m eine Spielhalle, die mit einem längeren Befreiungszeitraum betrieben werden darf, kann eine neue Erlaubnis nicht erteilt werden. Im Ergebnis verbleibt am Standort dann die Spielhalle mit dem längsten Befreiungszeitraum.

## IV. Auswahlentscheidung

Als Folge der gesetzlich angestrebten Verknappung des Spielhallenangebots wird sich trotz der vorgesehenen Befreiungsmöglichkeit eine Auswahlentscheidung zwischen zwei oder mehreren Spielhallen nicht in jedem Fall vermeiden lassen.

### 1. Fallgruppen

Eine Auswahl zwischen zwei oder mehreren Antragstellern ist im Wesentlichen in zwei Konstellationen erforderlich:

#### a) Standortkonkurrenz ohne Befreiung

Eine Auswahlentscheidung ist dann erforderlich, wenn mehrere Antragsteller um einen Standort (500 m-Umkreis) konkurrieren, aufgrund des Abstandsgebots aber nur eine Genehmigung erteilt werden kann. Dies ist zunächst bei Neuansuchen der Fall, für die eine Befreiung vom Abstandsgebot gesetzlich nicht vorgesehen ist, sofern die Anträge den Mindestabstand nach § 42 Abs. 1 LGLüG unterschreiten.<sup>80</sup>

Diese Konstellation kann sich aber auch bei Bestandsspielhallen<sup>81</sup> ergeben, nämlich dann, wenn diese mangels Härtefall keine Befreiung erhalten. Dies führt nicht zur Ablehnung des Erlaubnisanspruchs sondern nur dazu, dass die Antragsteller auf einen „einfachen“ Antrag auf Erteilung einer Spielhallenerlaubnis ohne Befreiung beschränkt sind. Sie sind insoweit einem Neubewerber gleichgestellt. Treffen auf diese Weise mehrere sich ausschließende Anträge zusammen, ist auch bei Bestandsspielhallen unabhängig von einer Befreiung eine Auswahlentscheidung zu treffen. Soweit allerdings einzelne Antragsteller eine Befreiung erhalten, schließt dies die Zulassung von Bewerbern ohne Befreiung aus, weil dann die im Wege der Befreiung zugelassene Spielhalle der Genehmigung weiterer Spielhallen im Umkreis von 500 m entgegensteht.<sup>82</sup>

Eine Auswahlentscheidung ist nicht nur dann erforderlich, wenn alle beteiligten Spielhallen sich *wechselseitig* ausschließen. In der Praxis sind häufig Fälle anzutreffen, bei denen im Bestand zwar eine Spielhalle den Mindestabstand zu zwei oder mehreren Spielhallen nicht einhält, diese wiederum aber einen größeren Abstand als 500 m zueinander aufweisen und sich nicht gegenseitig ausschließen. Diese Konstellation kann gedanklich – und auch praktisch – um beliebig viele Spielhallen erweitert werden. Die an einem derartigen Gebilde beteiligten Spielhallen unterschreiten alle zu mindestens einer weiteren Spielhalle den Mindestabstand, ohne sich aber alle wechselseitig auszuschließen. Letzterer Fall kann nur eintreten, wenn sich alle beteiligten Spielhallen innerhalb eines 500 m-Radius befinden. Damit sind im Rahmen der Auswahl aber unterschiedliche Ergebnisse denkbar, mit denen eine Einhaltung des Mindest-

76 A. A. die Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGLüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 28 ohne nähere Begründung. Zur Berücksichtigung der Geltungsdauer des Staatsvertrags bei der Befristung der Befreiung vgl. unten c).

77 Hierzu die Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGLüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 31.

78 VG München, Urt. v. 13.10.2015, ZfGW 2016, 171 (vier Jahre); BayVGH, Beschl. v. 26.03.2014, ZfGW 2014, 242 (vier Jahre).

79 VGH BW, Beschl. v. 13.07.2015, ZfGW 2015, 383; OVG Saarland, Beschl. v. 10.02.2014, ZfGW 2014, 124; NdsOVG, Beschl. v. 07.01.2014, ZfGW 2014, 115; VG Oldenburg, Beschl. v. 03.09.2013, ZfGW 2014, 149.

80 Zur Sperrwirkung bereits des Antrags auf Erteilung einer Spielhallenerlaubnis *Mock*, VBIBW 2013, 131, 132.

81 Dies bezieht sich wiederum nur auf Bestandsspielhallen mit langem Bestandsschutz.

82 Ausführlich hierzu die Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGLüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 29 ff.

abstands zwischen den Spielhallen erreicht werden kann – und damit auch eine unterschiedliche Anzahl verbleibender Spielhallen.

Eine besondere Konstellation kann sich dann ergeben, wenn *Spielhallen desselben Betreibers* den Mindestabstand unterschreiten, ohne dass dies im Wege der Befreiung aufgelöst werden könnte. Zwar obliegt die Auswahl der weiter zu betreibenden Spielhalle dem Betreiber, dieser stellt jedoch regelmäßig für alle seine Spielhallen Härtefallanträge. In einem solchen Fall empfiehlt es sich für die Erlaubnisbehörde, den Betreiber zunächst darauf hinzuweisen, dass Härtefälle nicht vorliegen und demzufolge nur eine Spielhalle weiterbetrieben werden kann, verbunden mit der Aufforderung, diese zu benennen. Für den Fall, dass der Antragsteller – was regelmäßig der Fall sein wird – beide Anträge aufrecht erhält, wird teilweise vertreten, der Antragsteller sei unter Fristsetzung darauf hinzuweisen, dass ohne eine entsprechende Erklärung das Verwaltungsverfahren mangels einer erforderlichen Verfahrenshandlung nicht weiterbetrieben werden könne (§§ 25 Abs. 1, 31 VwVfG).<sup>83</sup> Richtigerweise ist dies jedoch ein Fall der Standortkonkurrenz, der durch die Behörde im Wege einer Auswahlentscheidung – ggf. durch Losentscheid – zu lösen ist. Dem Umstand, dass für eine Spielhalle im Rechtsmittelverfahren ein Härtefall möglicherweise bejaht wird, kann durch einen Widerrufsvorbehalt für diesen Fall Rechnung getragen werden. Gleichzeitig besteht die Möglichkeit einer Berücksichtigung der bereits genehmigten Spielhalle in der zu treffenden Ermessensentscheidung.

#### b) Auswahl bei Härtefällen

Im Verhältnis zwischen Spielhallen, die eine Befreiung erhalten, muss nicht zwingend eine Auswahlentscheidung getroffen werden. Aufgrund der Befreiung können auch bei Unterschreitung des Mindestabstands alle Härtefälle eine Befreiung erhalten.<sup>84</sup>

Allerdings ist in diesen Fällen im Rahmen der Ermessensausübung neben der Dauer einer etwaigen Befreiung zunächst darüber zu entscheiden, ob überhaupt eine Befreiung erteilt wird. Dabei kann im Hinblick auf den Gesetzeszweck auch der Umstand Berücksichtigung finden, dass in engem räumlichem Zusammenhang mehrere Spielhallen betrieben werden, was aus Spielerschutzgründen eigentlich zu vermeiden ist. Dies kann dadurch geschehen, dass nur für wenige oder nur eine der betroffenen Spielhallen eine Befreiung erteilt und im Übrigen versagt wird. Die zu hohe „Spielhallendichte“ betrifft allerdings alle Spielhallen gleichermaßen, kann damit zwar Ausgangspunkt einer Beschränkung sein, ist aber nicht Entscheidungsmaßstab. Die Entscheidung erfolgt anhand der bereits dargestellten Erwägungen<sup>85</sup> und innerhalb der Ermessensausübung in Bezug auf die einzelne Spielhalle. Die Versagung einer Befreiung kann daneben aber auch unabhängig von einer etwaigen Auswahl aus anderen Gründen erfolgen.

Eine Auswahl ist nur dann möglich, wenn zwischen den beteiligten Spielhallen der Mindestabstand nicht eingehalten ist. Benötigen etwa zwei Spielhallen, bei denen eine unbillige Härte vorliegt, eine Befreiung, da sie jeweils zu einer dritten Spielhalle – bei der die Voraussetzungen eines Härtefalls nicht vorliegen – den Mindestabstand nicht einhalten, besteht kein Anlass für eine Auswahl, wenn zwischen den zu befreienden Spielhallen der Mindestabstand eingehalten ist.<sup>86</sup> Denn durch den Wegfall der Spielhalle, die keine Befreiung erhält, ist das gesetzliche Ziel (Mindestabstand) erreicht. Dies schließt zwar eine Versagung der Befreiung nicht aus, sie kann aber nur in Bezug auf die einzelne Spielhalle betreffende Umstände und nicht durch eine Auswahl begründet werden.

#### 2. Auswahlkriterien

Die im Rahmen einer Auswahlentscheidung heranzuziehenden Kriterien sind im LGlüG nicht genannt, können dem Gesetz

aber im Wege der Auslegung entnommen werden. Der Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg (VerfGH BW) verweist in seiner Entscheidung vom 17.04.2014 darauf, dass im Gesetz Kriterien für das Vorliegen einer unbilligen Härte genannt seien, zudem sei geregelt, dass der Schutzzweck des Gesetzes und der Zeitpunkt der Erlaubnis zu berücksichtigen seien. Diese Kriterien könnten auch zur Lösung von Konkurrenzsituationen herangezogen werden.<sup>87</sup> Die anwendbaren Kriterien sind allerdings nicht auf die im Gesetz ausdrücklich genannten Gesichtspunkte beschränkt, sondern umfassen alle (auch nicht benannte) Kriterien, die bei der Beurteilung eines Härtefalls und im Rahmen des Ermessens berücksichtigt werden können.<sup>88</sup> An dieser Stelle kann daher auf die vorangegangenen Aussagen hierzu verwiesen werden.

In der zitierten Entscheidung des VerfGH BW finden sich allerdings zwei Einschränkungen: Zum einen kommt das „Windhundprinzip“ nicht zur Anwendung, es besteht also kein Vorrang desjenigen Betreibers, der seinen Antrag zuerst gestellt hat.<sup>89</sup> Dies entspricht dem üblichen Vorgehen im Rahmen der Zuteilung kontingentierter Rechte und entspricht der mit der vorgesehenen Antragsfrist verfolgten Zielsetzung des Gesetzgebers. Zum anderen verweist der VerfGH BW darauf, dass aufgrund der gebotenen Berücksichtigung des Zeitpunkts der Erteilung der bestehenden Erlaubnis sich von zwei konkurrierenden Spielhallen nicht zwingend die ältere gegenüber der jüngeren Spielhalle durchsetzen muss.<sup>90</sup>

Bei einer größeren Zahl von Spielhallen, die in unterschiedlicher Konstellation zueinander das Abstandsgebot nicht einhalten und daher eine Befreiung benötigen, sind regelmäßig mehrere Lösungsmöglichkeiten und damit jeweils eine unterschiedliche Anzahl verbleibender Spielhallen denkbar. Stellt man den gesetzlich geforderten Spielerschutz in den Vordergrund, müssten im Rahmen von Befreiungsermessens und Auswahl die Entscheidungen so getroffen werden, dass eine möglichst geringe Anzahl von Spielhallen unter möglichst weitgehender Einhaltung des Abstandsgebots und des Verbundverbots übrig bleibt. Berücksichtigt man dagegen stärker die grundrechtlich geschützte Position der Betreiber, spricht dies eher für diejenigen Lösungen, bei denen möglichst viele Spielhallen weiterbetrieben werden können. Im Ergebnis gehen allerdings beide Überlegungen fehl, da sie die Entscheidungskriterien vom konkreten Fall lösen und nur das Ergebnis betrachten. Dies wird der gebotenen Berücksichtigung aller Umstände im jeweiligen Einzelfall nicht gerecht.

#### 3. Losentscheid

Bei einer zu treffenden Auswahlentscheidung kann grundsätzlich auch ein Losentscheid zur Anwendung kommen.<sup>91</sup> Ein

83 Protokoll der Dienstbesprechung mit den Regierungspräsidien am 28.07.2016 zu Fragen einer Anwendung der Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 LGlüG und zur Auswahlentscheidung in Konkurrenzsituationen, dort S. 59 f.

84 Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGlüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 30 f.

85 S. oben III. 1.

86 Das Erfordernis einer Befreiung bleibt hiervon unberührt, vgl. oben I. 1.

87 VerfGH BW, Urt. v. 17.06.2014, juris Rn. 357, VBIBW. 2014, 427 – 428 (Leitsatz).

88 Missverständlich insoweit die Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGlüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 31, die nur auf die Kriterien nach § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG (unbillige Härte) verweisen.

89 VerfGH BW, Urt. v. 17.06.2014, juris Rn. 357 m. v. N., VBIBW. 2014, 427 – 428 (Leitsatz).

90 Diesen Fall haben aber wohl die Anwendungshinweise vorrangig im Auge, vgl. hierzu auch oben III. 1.

Losentscheid unterliegt allerdings gewissen Voraussetzungen bzw. Einschränkungen:

Zunächst setzt ein Losentscheid voraus, dass es sich bei den beteiligten Spielhallen um – nach den bei einer Auswahl anzulegenden Maßstäben – *gleichwertige Spielhallen* handelt. Liegen insoweit signifikante Unterschiede vor, können diese bei der zu treffenden Auswahl nicht ausgeblendet werden. Die Behörde muss vielmehr darlegen, weshalb sie einen Losentscheid dennoch für gerechtfertigt hält. Der Losentscheid ersetzt damit nicht eine Bewertung anhand der Auswahlkriterien, sondern setzt diese vielmehr voraus.

Eine Entscheidung im Losverfahren sollte nur zwischen Spielhallen getroffen werden, die sich innerhalb eines 500 m-Radius befinden und sich damit wechselseitig ausschließen.<sup>92</sup> Handelt es sich dabei um Spielhallen, die nicht befreiungsfähig sind, ergibt sich schon aus dem Gesetz, dass an diesem Standort nur noch eine Spielhalle weiter betrieben werden kann. Erfolgt die Auswahl dagegen im Rahmen der Ermessensausübung, ist dies nicht zwingend. Dann muss bei mehreren Spielhallen vorab geklärt werden, ob nur eine verbleiben oder ein gestuftes Losverfahren durchgeführt werden soll.

## V. Verfahrensbeteiligte

In verfahrensmäßiger Hinsicht wirft die Befreiungsregelung insbesondere die Frage auf, ob und ggf. in welchem Umfang die Betreiber einer konkurrierenden Spielhalle am Verfahren zu beteiligen sind.

Beteiligter des Verwaltungsverfahrens ist zunächst der Spielhallenbetreiber, der eine Genehmigung nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG nebst einer Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG beantragt (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG). Weitere Personen können gemäß § 13 Abs. 2 VwVfG von der Behörde zum Verfahren *hinzugezogen* werden, was ihre Beteiligtenstellung begründet (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG). Die Hinzuziehung erfolgt durch Verwaltungsakt, der mit Bekanntgabe an den Hinzuziehenden wirksam wird.<sup>93</sup>

### 1. Notwendige Hinzuziehung

Bei der Hinzuziehung ist zwischen der einfachen Hinzuziehung nach § 13 Abs. 2 Satz 1 VwVfG und der notwendigen Hinzuziehung nach § 13 Abs. 2 Satz 1 VwVfG zu unterscheiden. Nach § 13 Abs. 2 Satz 1 VwVfG können Personen zum Verfahren hinzugezogen werden, deren rechtlich geschützte Interessen durch das Verfahren berührt werden.<sup>94</sup> Eine notwendige Hinzuziehung setzt dagegen voraus, dass der Ausgang des Verfahrens *rechtsgestaltende Wirkung* für den Dritten hat. Dies ist dann der Fall, wenn ein Recht des Dritten unmittelbar begründet, verändert oder aufgehoben wird.<sup>95</sup> Dies gilt insbesondere für Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, die einen Beteiligten begünstigen, einen Dritten aber belasten.<sup>96</sup>

Dies sei an einem Beispiel verdeutlicht: Der Antragsteller A beantragt eine Genehmigung nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG sowie eine Befreiung vom Abstandsgebot des § 42 Abs. 1 LGLüG nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG, da der Betreiber B in einem Abstand von weniger als 500 m ebenfalls eine bestandsgeschützte Spielhalle betreibt. Wird die Genehmigung nebst Befreiung erteilt, hat dies für einen konkurrierenden Antragsteller B zur Folge, dass er eine Erlaubnis nur erhalten kann, wenn er einen Härtefall nachweist und damit die Voraussetzungen einer Befreiung für seinen Betrieb vorliegen. Eine Zulassung des konkurrierenden Betreibers B kommt aber auch ohne Befreiung im Rahmen einer Auswahlentscheidung<sup>97</sup> in Betracht, wenn *beide* Spielhallen keine Befreiung erhalten. Damit hängt es von der Entscheidung über den Antrag des Antragstellers A ab, ob der Betreiber einer konkurrierenden Spielhalle

B nur bei Vorliegen eines Härtefalls oder auch ohne diese Einschränkung eine Erlaubnis erhalten kann.

Die Belastung des Dritten ist rechtlicher Art und nicht lediglich Folge der Umsetzung der erteilten Genehmigung<sup>98</sup> oder tatsächlichen Beschränkungen<sup>99</sup> geschuldet. Ob und in welcher Konstellation die Erteilung der Genehmigungen/Befreiungen im Ergebnis erfolgt, ist zwar zum Zeitpunkt einer Hinzuziehung noch nicht absehbar. Der Umstand, dass eine rechtsgestaltende Wirkung jedenfalls möglich erscheint, ist indes für eine notwendige Hinzuziehung ausreichend.<sup>100</sup> Im Ergebnis liegt daher bei der Anwendung der Übergangsregelung<sup>101</sup> auf konkurrierende Betriebe ein Fall der notwendigen Hinzuziehung nach § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG vor.<sup>102</sup>

Die Hinzuziehung ist verpflichtend, wenn ein entsprechender Antrag gestellt wird; sie kann aber auch von Amts wegen erfolgen.<sup>103</sup> Soweit der Behörde die Hinzuzuziehenden bekannt sind, sind diese von der Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen.<sup>104</sup>

## 2. Weitere Verfahrensschritte

Als Folge einer erfolgten Hinzuziehung hat der hinzugezogene Spielhallenbetreiber als Beteiligter (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG) insbesondere ein Akteneinsichtsrecht nach § 29 Abs. 1 VwVfG. Allerdings ist von Behördenseite darauf zu achten, dass im Rahmen der Härtefallprüfung vom Antragsteller Angaben zur wirtschaftlichen Situation des Betriebs gemacht werden müssen,

91 So auch die Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGLüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 34 und 35, allerdings nur in Bezug auf ausschließlich neue Spielhallen oder solche mit kurzem Bestandschutz; ablehnend hingegen das Schreiben des Ministeriums für Inneres und Kommunales des Landes Nordrhein-Westfalen vom 10.05.2016 (Az. 113-38.07.13-5) an die Bezirksregierungen, S. 9, unter Verweis auf fehlende sachliche Gründe. In Niedersachsen erfolgt wiederum als Regelfall die Auswahl per Losentscheid.

92 Hat die Losentscheidung Auswirkungen auf die Zulässigkeit weiterer Spielhallen, etwa bei einer Kette sich überschneidender Ausschlussradien, ist dies im Rahmen der Auswahl zur Vermeidung zufälliger Ergebnisse zu berücksichtigen und zu begründen.

93 Zum Verfahren ausführlich *Sennekamp*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2014, § 13 Rn. 31 ff. m. w. N.

94 Eine mögliche Rechtsverletzung i. S. v. § 42 Abs. 2 VwGO ist dagegen nicht erforderlich, *Sennekamp*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2014, § 13 Rn. 23 unter Verweis auf BVerwG, Urt. v. 23.08.1974 – IV C 29.73 – juris.

95 *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 13 Rn. 40; *Sennekamp*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2014, § 13 Rn. 29.

96 *Ritgen*, in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl. 2010, § 13 Rn. 17; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl. 2014, § 13 Rn. 42.

97 Dazu vorstehend IV.

98 *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 17. Aufl. 2016, § 13 Rn. 40.

99 VGH BW, Beschl. v. 23.09.1983, VBIBW 1984, 155 f.

100 *Sennekamp*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2014, § 13 Rn. 29; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 17. Aufl. 2016, § 13 Rn. 39 m. w. N.

101 Trifft nach Abschluss der Verfahren entsprechend der Übergangsregelung ein neuer Antragsteller auf eine bestehende und genehmigte Spielhalle, scheidet sein Antrag schon am Abstandsgebot. Eine etwaige Erteilung der Genehmigung hätte zudem für den bestehenden Betreiber keine Auswirkungen, so dass sich die Frage einer Hinzuziehung kaum stellen wird. Allenfalls in Konkurrenzsituationen mehrerer Antragsteller ergeben sich vergleichbare Konstellationen wie bei Anwendung der Übergangsregelung.

102 So auch *Lackner/Pautsch*, WiVerw 2016, 203,219; im Ergebnis wohl auch das Protokoll der Dienstbesprechung mit den Regierungspräsidien am 28.07.2016 zu Fragen einer Anwendung der Härtefallregelung des § 51 Abs. 5 LGLüG und zur Auswahlentscheidung in Konkurrenzsituationen, dort S. 8 ff; entsprechend für die hessische Regelung die Vollzugshinweise zum Hessischen Spielhallengesetz, Ziff. 9.2.3, abrufbar unter [www.wirtschaft.hessen.de](http://www.wirtschaft.hessen.de).

103 *Sennekamp*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2014, § 13 Rn. 31 m. w. N.

104 Zum Verfahren im Übrigen sowie etwaigen Folgen einer unterbliebenen Hinzuziehung *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, 17. Aufl. 2016, § 13 Rn. 45 ff. m. w. N.

die regelmäßig nach § 30 VwVfG geschützt sein dürften.<sup>105</sup> Soweit berechnete Geheimhaltungsinteressen des Antragstellers bestehen, sind diese Unterlagen dem am Verfahren beteiligten Konkurrenten im Rahmen der Akteneinsicht nicht ohne Zustimmung des Antragstellers zugänglich zu machen.

Geht man wie vorliegend von einer rechtsgestaltenden Wirkung aus, beinhaltet die Zulassung eines konkurrierenden Betriebs die Möglichkeit eines rechtlichen Nachteils, so dass hinzugezogene Betreiber konkurrierender Spielhallen nach § 28 Abs. 1 VwVfG anzuhören sind. Eine Bekanntgabe der Entscheidung an hinzugezogene Betreiber ist zwar nicht zwingend, sollte aber erfolgen, um Klarheit über die (zu erwartenden) Rechtsmittel zu erhalten.<sup>106</sup>

## VI. Fazit und Ausblick

Die auf den ersten Blick gut handhabbaren Regelungen zu den künftigen Voraussetzungen einer Zulassung von Spielhallen – Mindestabstand zu Spielhallen und Verbundverbot – führen im Übergangszeitraum zu nicht unerheblichen praktischen und

rechtlichen Herausforderungen. Einerseits soll das vom Gesetzgeber beabsichtigte Ziel einer Ausdünnung der Spielhallenlandschaft erreicht werden, gleichzeitig ist aber auch das berechnete Bestandsschutzinteresse der Spielhallenbetreiber zu berücksichtigen, und schließlich sollen unbillige Härten durch die Möglichkeit einer Befreiung vermieden werden. Gerade dies hat aber zur Folge, dass in der Praxis für alle Bestandsspielhallen entsprechende Härtefallanträge gestellt werden und auf die zuständigen Behörden ein erheblicher Verwaltungsaufwand zukommt. Gleichzeitig enthält das Gesetz nur wenige Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unbilligen Härte und Kriterien für eine zu treffende Auswahlentscheidung. Es ist damit zu rechnen, dass Spielhallenbetreiber die getroffenen Entscheidungen flächendeckend angreifen werden, zumal bei der gebotenen restriktiven Anwendung der Befreiungsregelung Befreiungen eher die Ausnahme sein werden. Es bleibt abzuwarten, ob und wie die Rechtsprechung den Begriff der unbilligen Härte weiter konturieren wird und welche Maßgaben für die Ermessensausübung den unweigerlich ergehenden Urteilen zu entnehmen sein werden.

<sup>105</sup> Bei den Angaben dürfte es sich um Geschäftsgeheimnisse handeln; zu konkreten Beispielen vgl. *Engel/Pfau*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2014, § 30 Rn. 20.

<sup>106</sup> Zur Formulierung der Rechtsbehelfsbelehrung bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung BVerwG, Beschl. v. 11.03.2010, NJW 2010, 1686.