

Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 08.06.2017 – 4 B 307/17

ECLI:DE:OVGNRW:2017:0608.4B307.17.01

Tenor

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes durch den Beschluss des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 22.2.2017 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens, für das Gerichtskosten nicht erhoben werden.

Der Streitwert wird unter Abänderung der erstinstanzlichen Streitwertfestsetzung für beide Instanzen auf jeweils 15.000,00 EUR festgesetzt.

Rn. 1

G r ü n d e :

Rn. 2

Der Senat entscheidet im Interesse einer möglichst frühzeitigen Klärung der von der Antragstellerin aufgeworfenen Fragen vor dem Ablauf der Übergangsfrist nach § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV am 1.7.2017 (dazu unten I.3.d) ohne vorherige Durchführung einer von der Antragstellerin angeregten mündlichen Erörterung der Sache.

Rn. 3

Die Beschwerde der Antragstellerin ist unbegründet.

Rn. 4

Zwar beanstandet die Antragstellerin zutreffend, dass das Verwaltungsgericht ihren Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG verletzt hat, weil es über die mit Schriftsatz vom 21.2.2017 geänderten Anträge gar nicht entschieden hat. Überdies hat es die Anlagen zu diesem Schriftsatz nicht zur Kenntnis genommen, weil es trotz Kenntnis dessen, dass diese erst mit dem Originalschriftsatz übersandt werden würden, vor ihrem Eingang bei Gericht entschieden hat, ohne dass dies durch die Eilbedürftigkeit der Sache gerechtfertigt war. Der Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör wird jedoch dadurch geheilt, dass die geänderten Anträge und übergangenen Anlagen im Beschwerdeverfahren berücksichtigt werden.

Rn. 5

Vgl. zur Heilung eines im ersten Rechtszug unterlaufenen Gehörsverstoßes in einer höheren Instanz, OVG NRW, Beschluss vom 2.2.2016 – 16 B 1267/15 –, juris, Rn. 15 f., unter Hinweis auf BVerfG, Entscheidung vom 25.5.1956 – 1 BvR 128/56 –,

Rn. 6

BVerfGE 5, 22 = juris, Rn. 6.

Rn. 7

Die zuletzt im Beschwerdeverfahren gestellten und allein aufrecht erhaltenen Anträge,

Rn. 9

1. die Antragsgegnerin im Wege der einstweilen Anordnung zu verpflichten, Dienstleistungskonzessionen gemäß den §§ 24 Abs. 1 GlüStV und 16 AG GlüStV NRW für die Errichtung und den Betrieb von Spielhallen nur nach Durchführung eines wettbewerbsoffenen, transparenten und dem

Publizitätserfordernis entsprechenden Verfahrens auf der Grundlage von im Voraus festgelegten und bekannt gegebenen objektiven Auswahl- und Zuschlagskriterien zu vergeben, die sich an den Zielen des Staatsvertrages orientieren, hilfsweise für den Fall, dass der Senat – gegebenenfalls nach einer Vorlage an den EuGH zur Auslegung der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe – die Vergabe von Konzessionen gem. den §§ 24 GlüStV bzw. 16 AG GlüStV NRW als Dienstleistungskonzessionen im Sinne des förmlichen Vergaberechts ansehen sollte und von einer Überschreitung des Schwellenwertes ausgeht, den Rechtsstreit bezüglich des Antrages zu Ziff. 1 an die zuständige Vergabekammer zu verweisen, und

Rn. 10

2. festzustellen, dass das Fehlen einer glücksspielrechtlichen Konzession nach den §§ 24 Abs. 1 GlüStV und 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW die Antragstellerin bis zum Abschluss eines dem Publizitätserfordernis entsprechenden wettbewerbsoffenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens, in dem die Zuschlags- und Auswahlkriterien für die zu lösende Konkurrenzsituation im Voraus festgelegt sind und im Voraus bekannt gegeben werden sowie an den Zielen des Staatsvertrages und des § 1 AG GlüStV NRW ausgerichtet sind und das – soweit anwendbar – den Vierten Teil des GWB berücksichtigt, nicht daran hindert, im Zuständigkeitsbereich der Stadt Wuppertal Spielhallen zu errichten und zu betreiben,

Rn. 11

haben als Anträge auf Erlass einer einstweiligen Anordnung jedoch in der Sache keinen Erfolg. Die Antragstellerin hat keinen entsprechenden Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO).

Rn. 12

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO sind einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Dies ist hier schon deshalb nicht der Fall, weil ein Erfolg in der Hauptsache nicht überwiegend wahrscheinlich ist. Weder besteht ein als solcher gerichtlich durchsetzbarer Anspruch der Antragstellerin auf Verpflichtung der Antragsgegnerin, dass sie „Dienstleistungskonzessionen“ gemäß den §§ 24 Abs. 1 Glücksspielstaatsvertrag vom 15.12.2011 (GV. NRW. 2012 S. 524, 535; 2017 S. 319) – GlüStV – und 16 AG GlüStV NRW für die Errichtung und den Betrieb von Spielhallen nur nach Durchführung eines wettbewerbsoffenen, transparenten und dem Publizitätserfordernis entsprechenden Verfahrens auf der Grundlage von im Voraus festgelegten und bekannt gegebenen objektiven Auswahl- und Zuschlagskriterien vergeben darf (dazu unten I.), noch kommt eine Verweisung des Rechtsstreits an die Vergabekammer in Betracht, weil die Erteilung von Erlaubnissen gemäß den §§ 24 GlüStV bzw. 16 AG GlüStV NRW keine Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Sinne des förmlichen Vergaberechts ist (dazu unten II.). Auch kann nicht festgestellt werden, dass das Fehlen einer glücksspielrechtlichen „Konzession“ nach den §§ 24 Abs. 1 GlüStV und 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW die Antragstellerin bis zum Abschluss eines dem Publizitätserfordernis entsprechenden wettbewerbsoffenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens, in dem die Zuschlags- und Auswahlkriterien für die zu lösende Konkurrenzsituation im Voraus festgelegt sind und im Voraus bekannt gegeben werden sowie an den Zielen des Staatsvertrages und des § 1 AG GlüStV NRW ausgerichtet sind und das – soweit anwendbar – den Vierten Teil des GWB berücksichtigt, nicht daran hindert, im Zuständigkeitsbereich der Stadt Wuppertal Spielhallen zu errichten und zu betreiben (dazu unten III.).

Rn. 13

I. Der erste Antrag der Antragstellerin bleibt ohne Erfolg. Er soll nicht lediglich einen in der Hauptsache zulässigerweise zu verfolgenden Anspruch absichern. Nach § 123 Abs. 1 VwGO sind einstweilige

Anordnungen nur in Bezug auf den Streitgegenstand (der Hauptsache) zulässig. Sie dienen etwa im Zusammenhang mit streitigen Auswahlentscheidungen nur dazu, den effektiven Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren zu sichern.

Rn. 14

Vgl. Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Auflage 2014, § 123 Rn. 112; siehe auch BVerwG, Beschluss vom 8.2.2016 – 1 WDS-VR 10.15 –, Buchholz 449 § 3 SG Nr. 83 = juris, Rn. 24.

Rn. 15

1. Der erste Antrag ist auf Gewährung nur ausnahmsweise zulässigen vorbeugenden Rechtsschutzes gerichtet. Die Antragstellerin möchte nicht abwarten, bis die Antragsgegnerin für die Zeit nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist für Bestandsspielhallen gemäß § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV über die Erteilung glücksspielrechtlicher Erlaubnisse nach §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW entscheidet. Es geht ihr darum, schon vor der von der Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang zu treffenden Auswahlentscheidung gerichtlichen Rechtsschutz bezogen darauf zu erlangen, wie die Antragsgegnerin nach Auffassung der Antragstellerin das weitere Verfahren in ihrem Zuständigkeitsbereich zu gestalten hat. Eine derartige Entscheidung vorbeugenden Rechtsschutzes kann die Antragstellerin in einem Hauptsacheverfahren nicht zulässigerweise geltend machen. Denn der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz ist grundsätzlich nicht vorbeugend konzipiert. Um den Grundsatz der Gewaltenteilung und das der Verwaltung zugewiesene Handlungsfeld nicht übermäßig und „anlasslos“ zu beeinträchtigen, setzt die den Gerichten übertragene Kontrollfunktion gegen Maßnahmen der Behörden grundsätzlich erst nachgelagert ein. Die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes erfordert daher regelmäßig den Erlass einer Maßnahme, der nachfolgend Gegenstand gerichtlicher Überprüfung ist. Vorbeugender Rechtsschutz gegen erwartete oder befürchtete Entscheidungen der Verwaltung ist daher grundsätzlich unzulässig. Etwas anderes gilt nur dann, wenn dem Betroffenen ein weiteres Zuwarten, ob und wie die Behörde tätig werden wird, nicht zugemutet werden kann und daher ein schutzwürdiges Interesse an einer alsbaldigen gerichtlichen Klärung besteht.

Rn. 16

Vgl. BVerwG, Urteile vom 23.6.2016 ? 2 C 18.15 ?, NVwZ-RR 2016, 907 = juris, Rn. 19 f., und vom 5.4.2016 ? 1 C 3.15 ?, BVerwGE 154, 328 = juris, Rn. 52.

Rn. 17

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, auch wenn der Ablauf der Übergangsvorschrift nach § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV kurz bevor steht. Solange die Antragstellerin noch keinen eigenen Antrag auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW gestellt hat, steht nicht einmal fest, ob die Antragsgegnerin sie bei der gegebenen Konkurrenzsituation überhaupt berücksichtigen muss und ob ihr in diesem Zusammenhang eigene Rechte zustehen.

Rn. 18

Die Antragstellerin ist insoweit auch zumutbar auf die Möglichkeit zu verweisen, die Erteilung von Erlaubnissen nach §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW zu beantragen und nötigenfalls insoweit um nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutz nachzusuchen. Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin schon mit Schreiben vom 7.6.2016 gebeten, Anträge auf Erteilung glücksspielrechtlicher Erlaubnisse für ihre Spielhallen bis zum 30.9.2016 einzureichen oder bis zu diesem Zeitpunkt mitzuteilen, wenn sie beabsichtigt, ihre Spielhallen nicht über den 30.11.2017 hinaus zu betreiben. Dabei hat die Antragsgegnerin darauf hingewiesen, dass die Entscheidung über die Weiterführung einer bestehenden Spielhalle mit einer Auswahlentscheidung zwischen mehreren Spielhallen verbunden sein und diese nur getroffen werden könne, wenn alle relevanten Anträge zeitgleich vorlägen. Für Fälle der Geltendmachung eines Härtefalls hat die Antragsgegnerin klargestellt, dass es einer gesonderten Begründung und des

Nachweises schutzwürdigen Vertrauens bedürfe, sowie der Angabe, wie lange der Grund für den Härtefall andauern werde und welche Anstrengungen unternommen worden seien, innerhalb der Übergangsfrist den nach Ablauf der Frist rechtswidrigen Zustand zu beheben. Auch dann, wenn eine Ausnahmegenehmigung zur Abweichung vom Mindestabstandsgebot zu einer oder mehreren im 350m-Radius liegenden Spielhalle(n) beantragt werde, sei dies gesondert für jede dieser Spielhallen zu begründen.

Rn. 19

2. Das Erlaubniserfordernis nach §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW ist in Nordrhein-Westfalen ? auch bezogen auf Bestandsspielhallen ? rechtlich nach der im Verfahren vorläufigen Rechtsschutzes nur möglichen summarischen Prüfung nicht zu beanstanden. Das Erlaubniserfordernis soll verbunden mit dem Mindestabstandsgebot und dem Verbundverbot den bei Geldspielgeräten besonders hohen Gefahren der Glücksspielsucht entgegenwirken.

Rn. 20

Vgl. die Begründung zum Gesetz zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, LT-Drs. 16/17, S. 33 f., 43 f.

Rn. 21

Die Bekämpfung und Prävention von Glücksspielsucht ist als überragend wichtiges Gemeinwohlziel anerkannt, weil Spielsucht zu schwerwiegenden Folgen für die Betroffenen selbst, für ihre Familien und für die Gemeinschaft führen kann.

Rn. 22

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 ? 1 BvR 1314/12 u. a. –, juris, Rn. 133 ff.; BVerwG, Urteil vom 16.12.2016 ? 8 C 6.15 ?, ZfWG 2017, 127 = juris, Rn. 38 f.

Rn. 23

a) Davon abweichend kann eine tatsächlich lediglich fiskalische Zielsetzung der Spielhallenregulierung allein zu dem Zweck, das Lotteriemonopol zu verteidigen, nicht daraus abgeleitet werden, dass die Gesetzgeber in den Ländern weiterhin am Lotteriemonopol festhalten möchten und zu der Regulierung der Spielhallen erst Anlass gesehen haben, nachdem die Gerichte im Glücksspielrecht zunehmend Verstöße gegen das europarechtliche Kohärenzprinzip beanstandet haben. Das von diesen Motiven getragene Bestreben, die höchstrichterlich formulierten Einwände gerade für den Bereich der Spielhallen durch eine strengere Regulierung im Interesse einer insgesamt konsequenteren Glücksspielpolitik zu entkräften, kann nicht als ausschließlich, sondern nur als zugleich fiskalisch motiviert bewertet werden. Die Bekämpfung der Glücksspielsucht durch kanalisierte Angebote ? auch im Bereich der Lotterien ? ist daneben als überragend wichtiges Gemeinwohlziel anerkannt.

Rn. 24

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 ? 1 BvR 1314/12 u. a. –, juris, Rn. 122 ff., 190; EuGH, Urteil vom 8.9.2010 ? C-46/08, Carmen Media ?, EU:C:2010:505, juris, Rn. 55, 62 f., 67 ff., 71.

Rn. 25

Im Übrigen beruhte die gesetzgeberische Annahme, es bestehe mit Blick auf pathologische Glücksspieler und ein gestiegenes Angebot an nahezu flächendeckend vorhandenen Geldspielgeräten in Spielhallen gerade in diesem Bereich ein besonderes Bedürfnis nach einer tatsächlich wirksamen Regulierung,

Rn. 26

vgl. Begründung zum Gesetz zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, LT-Drs. 16/17, S. 43 m. w. N.,

Rn. 27

auf belegbaren Tatsachen. Das als besonders suchgefährdend angesehene Spielen an Geldspielautomaten hatte nach Erkenntnissen der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung (BZgA) trotz rigider gesetzlicher Regelungen noch zugenommen, weil die Automatenhersteller und -aufsteller offenbar Mittel und Wege gefunden hatten, die Umsätze in den Gaststätten, Spielhallen und anderen Orten weiter zu steigern.

Rn. 28

Vgl. BZgA, Glücksspielverhalten und Glücksspielsucht in Deutschland 2013, Ergebnisbericht Februar 2014, S. 158, <http://www.bzga.de/forschung/studien-untersuchungen/studien/gluecksspiel/?sub=81>.

Rn. 29

Das Verbundverbot und die Abstandsgebote sind auch nach Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts konsequent am Ziel der Spielsuchtbekämpfung ausgerichtet.

Rn. 30

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 ? 1 BvR 1314/12 u. a. –, juris, Rn. 141.

Rn. 31

Die entsprechende Einschätzung des Gesetzgebers liegt damit jedenfalls im Rahmen des ihm zustehenden gerichtlich nur begrenzt überprüfbaren Einschätzungs- und Prognosespielraums, auch wenn die Geeignetheit und Erforderlichkeit von Mindestabstandsregeln im wissenschaftlichen Schrifttum weiterhin umstritten sein mag.

Rn. 32

b) Die Legitimität der zumindest auch suchpräventiv ausgerichteten staatlichen Regulierung wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass sie durch die fiskalische Ausrichtung der Regulierung in einem anderen Glücksspielsegment konterkariert wird. Dies darf insbesondere dort nicht geschehen, wo die Regulierung privater Angebote und staatliche Monopole zusammentreffen, wie dies bei der Regulierung von Spielhallen einerseits und Spielbanken andererseits der Fall sein kann. Unterschiedliche Regelungen verschiedener Glücksspielformen sind jedoch zulässig, sofern der Gesetzgeber eine angemessene Suchtprävention nicht außer Acht lässt. Im Verhältnis der Regulierung der Spielhallen und der Spielbanken liegt keine Inkonsequenz in Bezug auf das von den Gesetzgebern verfolgte Ziel der Bekämpfung der Glücksspielsucht. Denn der Betrieb der Spielbanken und von Spielhallen sind in je eigener Weise an den in § 1 GlüStV benannten Zielen, insbesondere der Bekämpfung der Glücksspielsucht und der Begrenzung und Kanalisierung des Spieltriebs ausgerichtet.

Rn. 33

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 ? 1 BvR 1314/12 u. a. –, juris, Rn. 122 ff., 143 ff.

Rn. 34

Dies wird auch den Anforderungen des Gerichtshofs der Europäischen Union an die staatliche Bekämpfung der Spielsucht im nicht monopolisierten Bereich gerecht. Demnach ist die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs und der Niederlassungsfreiheit der Unionsrechtsordnung (Art. 56, 49 AEUV) nur dann gerechtfertigt, wenn die restriktive Maßnahme einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses wie dem Schutz der Verbraucher und der Sozialordnung (einschließlich der Bekämpfung der Spielsucht), der Betrugsvermeidung oder der Vermeidung von Anreizen für die Bürger zu übermäßigen Ausgaben für das Spielen entspricht und geeignet ist, die Verwirklichung dieses Ziels dadurch zu gewährleisten, dass sie dazu beiträgt, die Gelegenheiten zum Spiel zu verringern und die Tätigkeiten im Glücksspiel in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen.

Rn. 35

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 ? 1 BvR 1314/12 u. a. –, juris, Rn. 124, unter Hinweis auf EuGH, Urteil vom 21.10.1999 ? C-67/98, Zenatti ?, EU:C:1999:514, juris, Rn. 35 ff.; Urteil vom 6.11.2003 ? C-243/01, Gambelli u. a. ?, EU:C:2003:597, juris, Rn. 67; Urteil vom 6.3.2007 ? C-338/04 u. a., Placanica u.a. ?, EU:C:2007:133, juris, Rn. 52 f.; Urteil vom 8.9.2010 ? C-46/08, Carmen Media ?, EU:C:2010:505, juris, Rn. 55, 64 f.; Urteil vom 8.9.2010 ? C-316/07 u. a., Markus Stoß u. a. ?, EU:C:2010:504, juris, Rn. 88.

Rn. 36

Diese Anforderungen gelten nicht nur für die Rechtfertigung staatlicher Glücksspielmonopole, sondern für die Rechtfertigung von Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit allgemein.

Rn. 37

Vgl. BVerwG, Urteile vom 1.6.2011 ? 8 C 5.10 ?, BVerwGE 140, 1 = juris, Rn. 35, und vom 9.7.2014 ? 8 C 36.12 ?, NVwZ 2014, 1583 = juris, Rn. 21, jeweils unter Verweis auf EuGH, Urteil vom 10.3.2009 ? C-169/07, Hartlauer ? Slg. 2009, I-1721 = juris, Rn. 55 ff.; OVG NRW, Beschluss vom 29.3.2017 ? 4 B 919/16 ?, juris, Rn. 69 f.; unklar und mit missverständlichem Leitsatz 2 insofern BVerwG, Urteil vom 16.12.2016 ? 8 C 6.15 ?, juris, Rn. 85.

Rn. 38

Zwar beanstandet die Antragstellerin zu Recht die von ihr anhand zahlreicher Beispiele belegte weiterhin anreizende und ermunternde Werbepaxis staatlicher Stellen vor allem für die monopolisierten Lotterien (z. B. Lotto 6 aus 49, Eurojackpot). Denn dem unionsrechtlich legitimen Ziel der Suchtbekämpfung und des Jugend- und Spielerschutzes entspricht nur eine Werbung, die maßvoll und strikt auf das begrenzt bleibt, was erforderlich ist, um die Verbraucher zum legalen Glücksspielangebot hinzulenken. Sie darf nicht darauf abzielen, den natürlichen Spieltrieb der Verbraucher dadurch zu fördern, dass sie zu aktiver Teilnahme am Spiel angeregt werden, etwa indem das Spiel verharmlost oder ihm ein positives Image verliehen wird, das daran anknüpft, dass die Einnahmen für Aktivitäten im Allgemeininteresse verwendet werden. Unzulässig ist es auch, die Anziehungskraft des Spiels durch zugkräftige Werbebotschaften zu erhöhen, die bedeutende Gewinne verführerisch in Aussicht stellen. Die Finanzierung uneigennütziger oder im Allgemeininteresse liegender Aktivitäten darf nur eine erfreuliche Nebenfolge, aber nicht der eigentliche Grund der betriebenen restriktiven Politik sein.

Rn. 39

Vgl. BVerwG, Urteil vom 20.6.2013 ? 8 C 17.12 ?, Buchholz 11 Art 12 GG Nr. 286 = juris, Rn. 43 ff.; OVG NRW, Urteile vom 13.12.2011 ? 4 A 3101/06 ?, juris, Rn. 44 ff., und vom 21.2.2012 ? 4 A 2847/08 ?, juris, Rn. 36 ff., 52 ff.; EuGH, Urteil vom 8.9.2010 ? C-316/07 u. a., Markus Stoß u. a. ?, EU:C:2010:504, juris, Rn. 103 f.

Rn. 40

Allerdings betrifft diese Werbung gerade nicht in erster Linie den hier in Rede stehenden regulierten Bereich der Spielhallen. Insoweit verlangt das Kohärenzgebot nur, dass die jeweilige Regelung nicht durch die mitgliedstaatliche Politik in anderen Glücksspielbereichen konterkariert werden darf. Es verlangt weder eine Uniformität der Regelungen noch eine Optimierung der Zielverwirklichung.

Rn. 41

Vgl. BVerwG, Urteil vom 20.6.2013 ? 8 C 17.12 ?, Buchholz 11 Art 12 GG Nr. 286 = juris, Rn. 42, 62; EuGH, Urteile vom 8.9.2010 ? C-316/07 u. a., Markus Stoß u. a. ?, EU:C:2010:504, juris, Rn. 95 f., und ? C-46/08, Carmen Media ?, EU:C:2010:505, juris, Rn. 62 f., 67 ff., 71.

Rn. 42

Dass die mit der Regulierung der Spielhallen (Einführung eines glücksspielrechtlichen Erlaubniserfordernisses in Verbindung mit Mindestabstandsgebot und Verbundverbot) bezweckte Regelung durch die Werbepaxis vor allem für staatliche Lotterien konterkariert werden könnte, ist nicht ersichtlich. Dies gilt nicht zuletzt mit Blick darauf, dass Personen mit mindestens problematischem Glücksspielverhalten ? trotz seit Jahren offensiver Werbepaxis ? relativ selten unter den Lotteriespielenden vertreten sind, während das Spiel an Geldspielautomaten weiterhin zu den Glücksspielformen mit den höchsten Risiken zählt.

Rn. 43

Vgl. BZgA, Glücksspielverhalten und Glücksspielsucht in Deutschland 2015, Ergebnisbericht Januar 2016, S. 10, <http://www.bzga.de/forschung/studien-untersuchungen/studien/gluecksspiel/?sub=99>.

Rn. 44

Insbesondere kann das mit der Regelung bezweckte Ziel, die Zahl der Spielhallen wegen der gerade von diesen ausgehenden besonderen Suchtgefahren zu reduzieren, weiterhin verfolgt werden, auch wenn in diesen anderen Bereichen weiterhin unionsrechtswidrig geworben wird. Die Eignung zur Zielerreichung im Bereich der Spielhallen wird hierdurch nicht aufgehoben.

Rn. 45

Aus dem Vorbringen der Antragstellerin ergibt sich nicht, dass dies mit Blick auf Werbung für staatliche Spielbanken, die ebenso wie Spielhallen unter suchtpräventiven Gesichtspunkten problematisches Automatenspiel anbieten, anders zu beurteilen sein könnte. Insoweit hat die Antragstellerin anders als für den Bereich der Lotterien keine systematisch anreizende und ermunternde unzulässige Werbepaxis staatlicher Stellen aufgezeigt. Im Übrigen würde selbst unzulässige Werbung für Spielbanken die Eignung zur Zielerreichung im Bereich der Spielhallen nicht ohne Weiteres aufheben, weil sich die durch Spielbanken hervorgerufene Suchtgefahr wegen der geringeren Verfügbarkeit bzw. des unterschiedlichen Gepräges der Einrichtung von derjenigen des Spielhallenangebots deutlich unterscheidet.

Rn. 46

BVerwG, Urteil vom 16.12.2016 ? 8 C 6.15 ?, ZfWG 2017, 127 = juris, Rn. 52; siehe zur deutlich weiteren Verbreitung von Spielhallen auch die Begründung zum Gesetz zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, LT-Drs. 16/17, S. 43 m. w. N.

Rn. 47

c) Die Berechtigung, das Ziel der Spielsuchtbekämpfung zu verfolgen, wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass der Gesetzgeber im Sinne eines schonenden Ausgleichs verfassungsrechtlich geschützter widerstreitender Interessen Bestandsspielhallen eine Übergangsfrist von fünf Jahren eingeräumt hat. Nach Ablauf dieser Frist stehen Bestandsinteressen einer tatsächlichen Umsetzung des gesetzgeberischen Konzepts im Sinne der Bekämpfung von Suchtgefahren nicht mehr generell, sondern allenfalls noch in Einzelfällen entgegen.

Rn. 48

d) Es ist des Weiteren nicht ersichtlich, dass das Erlaubniserfordernis gegen strengere verfassungsrechtliche oder europarechtliche Anforderungen verstoßen könnte, die an objektive Berufswahlbeschränkungen oder faktische Monopolregelungen zu stellen sind.

Rn. 49

Vgl. hierzu BVerwG, Urteil vom 16.12.2016 ? 8 C 6.15 ?, ZfWG 2017, 127 = juris, Rn. 35 ff.; BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 ? 1 BvR 1314/12 u. a. –, juris, Rn. 132; EuGH, Urteil vom 4.2.2016 ? C-336/14,

Ince ?, EU:C:2016:72, NVwZ 2016, 369 = juris, Rn. 53.

Rn. 50

Zwar behauptet die Antragstellerin, es würden der Sache nach „Konzessionen mit Ausschließlichkeitsrechten“ vergeben. Sie stützt diese Behauptung unter Hinweis auf die von ihr vorgelegte gutachtliche Stellungnahme der Rechtsanwälte Müller-Wrede & Partner vom 24.4.2017 darauf, dass durch die Mindestabstandsregel ein Spielhallenbetreiber für eine Fläche von etwa 38 ha in einer Kommune das ausschließliche Recht zum Betrieb einer Spielhalle eingeräumt bekomme. Dem steht jedoch entgegen, dass insoweit lediglich Spielhallenstandorte verknappt werden, wie dies in den einzelnen Kommunen auch etwa im Wege der Bauleitplanung möglich ist. Dies schließt nicht aus, dass Spielhallenbetreiber erforderlichenfalls auf andere Standorte im Flächenland Nordrhein-Westfalen ausweichen können, in denen eine geringere Konzentration von Spielhallen besteht und ihre Errichtung auch bauplanungsrechtlich zulässig ist. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass Spielhallen dort nicht wirtschaftlich betrieben werden können oder es absehbar zu einer Erschöpfung der Standortkapazität für Spielhallen im gesamten Geltungsbereich der betreffenden Regelungen und damit zu einer faktischen Kontingentierung kommen könnte. Im Gegenteil prognostiziert die von der Antragstellerin vorgelegte Untersuchung, die wirtschaftliche Attraktivität des einzelnen Standorts steige mit einer deutlichen Reduzierung der Anzahl der Spielhallen, weil mit ihr zwangsläufig eine deutliche Umsatzsteigerung bei den verbleibenden Spielhallen einhergehen werde (Stellungnahme der Rechtsanwälte Müller-Wrede & Partner, Rn. 40 und 54). Damit dürften auch neue Standorte wirtschaftlich interessant werden.

Rn. 51

3. Nach den hier einschlägigen Übergangsregelungen in §§ 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV, 18 AG GlüStV NRW bedarf es in Nordrhein-Westfalen für Spielhallen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Glücksspielstaatsvertrags bestanden und für die bis zum 28.10.2011 eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt worden war, deren Geltungsdauer nicht innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Vertrags endete, nach Ablauf von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags einer Erlaubnis, die von der Einhaltung des Verbundverbots und der Abstandsgebote nach §§ 24, 25 GlüStV, 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW abhängig ist. Die damit einhergehenden Grundrechtseingriffe in die Rechte der Spielhallenbetreiber sind verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Sie werden dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes gerecht und erfüllen die Anforderungen der Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes.

Rn. 52

a) Dem steht nach der verfassungsrechtlichen Klärung durch das Bundesverfassungsgericht nicht entgegen, dass ? worauf die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 10.1.2017 hingewiesen hat ? gesetzliche Kriterien für die bei der Entscheidung über die Erlaubniserteilung nach Ablauf der Übergangsfrist zu treffende Auswahl zwischen bestehenden Spielhallen mit Altgenehmigungen, die zueinander den Mindestabstand von 350 Metern nicht einhalten, weitgehend fehlen. Denn die Belastung des Eingriffs in die Berufsfreiheit wird in Nordrhein-Westfalen ähnlich wie nach der vom Bundesverfassungsgericht beurteilten Rechtslage im Saarland in mehrfacher Weise abgemildert, und zwar durch die fünfjährige Übergangsfrist, die Möglichkeit einer Härtefallbefreiung bei der Entscheidung über die Wiedererteilung nach Fristablauf (vgl. §§ 29 Abs. 4 Sätze 2 und 4 GlüStV, 18 AG GlüStV NRW) sowie die Befugnis der Erlaubnisbehörde, unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalls von dem Erfordernis eines Mindestabstands von 350 m Luftlinie zu einer anderen Spielhalle abzuweichen (vgl. § 16 Abs. 3 Satz 3, Satz 1 Halbs. 2 AG GlüStV NRW). Zudem geht es nur um eine Überleitungsregelung für eine bestimmbare Anzahl von Bestandsspielhallen, nicht um die grundsätzliche und allgemeine Zuordnung unterschiedlicher Grundrechtspositionen für eine unbestimmte Vielzahl von zukünftigen Auswahlentscheidungen.

Rn. 53

Vor diesem Hintergrund lassen sich die wesentlichen Parameter der Auswahlentscheidung in Konkurrenzsituationen zwischen Bestandsspielhallen dem Gesetz noch in hinreichendem Maße entnehmen. Insbesondere kann zur Konturierung der Auswahlkriterien zunächst auf die Regelung zur Härtefallbefreiung nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zurückgegriffen werden. Die ohnehin geforderte Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber gebietet auch ohne ausdrückliche gesetzliche Präzisierung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht. Das gilt auch, sofern bei der erforderlichen Auswahlentscheidung zusätzlich Erlaubnisanträge neu in den Markt eintretender Bewerber einzubeziehen sind, wobei grundrechtsrelevante Positionen der Betreiber von Bestandsspielhallen zu berücksichtigen bleiben. Dazu zählt etwa auch die Amortisierbarkeit von Investitionen. Zudem ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang der Regelung in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV, dass auch bereits bei der Auswahlentscheidung die mit der Neuregelung verfolgten Ziele des § 1 GlüStV zu beachten sind und bei Bestandsspielhallen überdies der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33i GewO zu berücksichtigen ist.

Rn. 54

Erst wenn und soweit das behördliche Auswahlverfahren im Einzelfall den genannten Rahmen nicht beachtet oder sonst individuellen Rechtspositionen der Spielhallenbetreiber nicht zureichend Rechnung trägt, steht ihnen verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz offen.

Rn. 55

Vgl. zum Ganzen BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u. a. –, juris, Rn. 179 ff. im Zusammenhang mit der Ausführungsgesetzgebung für das Saarland.

Rn. 56

b) Das Erfordernis einer für die Zeit nach Ablauf der fünfjährigen Überleitungsfrist zu treffenden Auswahlentscheidung über die Erteilung von Erlaubnissen, die das Verbundverbot und die Abstandsgebote nach §§ 24, 25 GlüStV, 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW beachten, verstößt auch nicht absehbar gegen das europarechtliche Transparenzgebot, auf das sich die Antragstellerin beruft. Insbesondere kann ein konkreter Verstoß der Antragsgegnerin hiergegen nicht bereits zum jetzigen Zeitpunkt festgestellt werden. Damit kann der Antragstellerin zugemutet werden, für eine ihrer Spielhallen zunächst eine Erlaubnis nach §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW zu beantragen, ggf. verbunden mit einem begründeten Härtefallantrag nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV oder einem Antrag auf Befreiung vom Mindestabstandserfordernis nach § 16 Abs. 3 Satz 3, Satz 1 Halbs. 2 AG GlüStV NRW.

Rn. 57

Denn nach den allgemeinen Grundsätzen des AEU-Vertrags, insbesondere den Grundsätzen der Gleichbehandlung sowie der daraus folgenden Pflicht zur Transparenz, die bei Auswahlentscheidungen heranzuziehen sind, bei denen angesichts bestimmter objektiver Kriterien ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht, ist den Mitgliedstaaten ein gewisses Ermessen zuzuerkennen, um zur Einhaltung dieser Grundsätze bestimmte Maßnahmen zu erlassen. Die Verpflichtung zur Transparenz soll u. a. die Gefahr willkürlicher Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers ausschließen.

Rn. 58

Vgl. EuGH, Urteil vom 16.4.2015 – C-278/14 –, VergabeR 2015, 555 = juris, Rn. 16 und 25 ff., m. w. N.

Rn. 59

Damit der behördlichen Ermessensausübung zum Schutz vor willkürlichen Entscheidungen hinreichende Grenzen gesetzt werden, muss ein System der vorherigen behördlichen Genehmigung zudem auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien beruhen.

Rn. 60

Vgl. EuGH, Urteil vom 9.9.2010 – C-64/08 –, Gew-Arch 2011, 29 = juris, Rn. 55, m. w. N.

Rn. 61

Die Antragstellerin geht selbst zutreffend davon aus, dass zur Wahrung dieses allgemeinen europarechtlichen Transparenzgebots nicht notwendig eine öffentliche Ausschreibung gehört.

Rn. 62

Vgl. hierzu auch OVG NRW, Beschluss vom 15.5.2017 – 4 A 1504/15 –, juris, Rn. 26 f., m. w. N.

Rn. 63

Gleichwohl meint sie zu Unrecht, jede Auswahlentscheidung in Nordrhein-Westfalen werde schon deshalb in einem intransparenten Verfahren getroffen, weil es keine Ausschreibungen gebe. Jedenfalls nachdem das Bundesverfassungsgericht klargestellt hat, anhand welcher Kriterien Auswahlentscheidungen bei der Entscheidung über die Erteilung von Erlaubnissen nach § 24 Abs. 1 GlüStV nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist zu treffen sind, beruht dieses System der vorherigen behördlichen Genehmigung auf objektiven, nicht diskriminierenden und im Voraus bekannten Kriterien. In Ausfüllung des den Mitgliedstaaten eingeräumten Ermessens hat das Bundesverfassungsgericht auch ausreichende gesetzlich fundierte Maßstäbe für die Auswahlentscheidung benannt, durch die die Gefahr willkürlicher Entscheidungen ausgeschlossen wird.

Rn. 64

Zur besseren Wahrung der erforderlichen Verfahrenstransparenz und Planungssicherheit hat die Antragsgegnerin den Betreibern von Bestandsspielhallen zudem mit erheblichem zeitlichen Vorlauf schon im Juni 2016 Gelegenheit gegeben, Erlaubnisansträge zu stellen und dabei sinngemäß deutlich gemacht, dass sie ihre Entscheidung außer an den gesetzlichen Maßstäben an den diese näher konkretisierenden Vorgaben des im Internet allgemein aufrufbaren Erlasses des Ministeriums für Inneres und Kommunales NRW vom 10.5.2016 orientieren werde. Dies genügt dem europarechtlichen Transparenzerfordernis zum Ausschluss willkürlicher Entscheidungen. Sofern – wie hier – der Gesetzgeber nach Einschätzung des Bundesverfassungsgerichts im grundrechtsrelevanten Bereich die wesentlichen Entscheidungen selbst getroffen hat, kann die Verwaltung nämlich nach innerstaatlichem Recht den europarechtlichen Transparenzanforderungen auch dadurch zusätzlich entsprechen, dass sie durch Verwaltungsvorschriften im Interesse einer einheitlichen Verwaltungspraxis Entscheidungsmaßstäbe im Sinne gesetzlicher Regelungen im Detail näher konkretisiert und bekannt macht, ohne dass hierdurch der allgemeine Vorbehalt des Gesetzes verletzt oder auch nur berührt wird.

Rn. 65

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u. a. –, juris, Rn. 183 ff., 186; BVerwG, Urteil vom 24.3.1977 – II C 14.75 –, BVerwGE 52, 193 = juris, Rn. 19, m. w. N.

Rn. 66

Dass die Antragsgegnerin lediglich die Altbetreiber, zu denen die Antragstellerin mit Sitz in Großbritannien gehört, individuell angeschrieben hat, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Vor allem zwischen ihnen bedarf es der Auswahl, welcher Betrieb unter Beachtung der Mindestabstandsgebote fortbestehen kann, während sich Neubewerber laufend um eine Erlaubnis für Standorte bewerben können, die die Mindestabstandsvorgaben einhalten. Nur bei Hinzutreten von Neubewerbern kann der

von der Antragstellerin angeführte Fall eintreten, dass sich mehrere Unternehmen für einen Standort bewerben. Sofern über Anträge von Neubewerbern zeitgleich zu entscheiden ist wie über Anträge von Altbetreibern, sind diese im Kollisionsfall zwar bei der erforderlichen Auswahlentscheidung einzubeziehen. Neubewerber, die mit Bestandsbetrieben konkurrieren, können sich jedoch nicht auf grundrechtlich geschützte Erhaltungsbelange berufen, so dass sie einen Erlaubnisanspruch ohnehin – anders als Altbetreiber – nur haben, wenn die von ihnen gewählten Standorte den Mindestabstandserfordernissen genügen oder sie ausschließlich mit Bestandsspielhallen konkurrieren, die unter Berücksichtigung der Ziele des Glücksspielstaatsvertrags keine rechtlich schutzwürdigeren und damit in Konkurrenzsituationen vorrangigen Belange für die Fortsetzung ihres Betriebs anführen können. Entsprechende Anträge können Neubewerber nach der hinreichend transparenten Gesetzeslage jederzeit stellen.

Rn. 67

Mit Blick auf die Vielzahl gesetzlich möglicher glücksspielrechtlicher Spielhallenerlaubnisse unterscheidet sich die Sachlage grundlegend von der Bewerbung um landesweit nur einzelne Erlaubnisse für den Spielbankenbetrieb, für die das Bundesverfassungsgericht nach dem Grundsatz des Gesetzesvorbehalts gesetzliche Regelungen über Auswahlgrundsätze gefordert hat.

Rn. 68

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.7.2000 ? 1 BvR 539/96 ?, BVerwGE 102, 197 = juris, Rn. 87.

Rn. 69

Ist ein schon zum jetzigen Zeitpunkt feststehender Verstoß der Antragsgegnerin gegen den europarechtlichen Transparenzgrundsatz oder gar das völlige Fehlen eines europarechtskonformen Erlaubnisverfahrens mithin nicht festzustellen, ist die Antragstellerin darauf verwiesen, zunächst einmal das Erlaubnisverfahren zu durchlaufen. Bevor sie selbst nicht einmal einen Erlaubnisantrag gestellt hat, stellt sich weder die Frage nach ihrer Beteiligung an Verwaltungsverfahren konkurrierender Betreiber (dazu Nr. 2.2 des Erlasses vom 10.5.2016) ? auch soweit sie sich für den derzeit von der Antragstellerin genutzten Standort interessieren ?, noch kommt ein vorläufiger Vergabestopp in Betracht.

Rn. 70

Insoweit unterscheidet sich die rechtliche Ausgangslage maßgeblich auch von der Situation im Bereich der Sportwetten, in dem privaten Wettanbietern, selbst wenn sie entsprechende Anträge stellen, landesweit de facto kein europarechtskonformes Erlaubnisverfahren offen steht.

Rn. 71

Vgl. dazu OVG NRW, Urteil vom 23.1.2017 ? 4 A 3244/06 ?, ZfWG 2017, 184 = juris, Rn. 37 ff., Beschluss vom 29.3.2017 ? 4 B 919/16 ?, juris, Rn. 61 ff.; Hess. VGH, Beschluss vom 29.5.2017 ? 8 B 2744/16 ?, Beschlussabdruck, S. 5 ff.; vgl. zu den Maßstäben auch BVerwG, Urteil vom 15.6.2016 – 8 C 5.15 –, BVerwGE 155, 261 = juris, Rn. 27.

Rn. 72

c) Die Antragstellerin ist auch nicht deshalb ausnahmsweise davon befreit, zunächst einen Erlaubnisantrag zu stellen und die behördliche Auswahlentscheidung abzuwarten, bevor sie gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen kann, weil die Antragsgegnerin ihr unzumutbarerweise abverlangen würde, dass sie sich zunächst in die strafrechtlich relevante Illegalität begeben müsse, um in eine Auswahlentscheidung zu gelangen. Eine derartige Absicht ist nicht ersichtlich. Sie lässt sich insbesondere dem Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 10.1.2017 nicht entnehmen. Die Antragsgegnerin hat darin deutlich gemacht, dass sie sich der Notwendigkeit einer Auswahlentscheidung bewusst ist. Eine Störerauswahl nach Nr. 3.5 des Erlasses vom 10.5.2016 hat sie lediglich für die Fälle in Aussicht gestellt, in denen keine Ausnahme vom Mindestabstandsgebot und keine Befreiung wegen

eines Härtefalls erteilt werden kann und deshalb zu entscheiden ist, ob ein Antrag auf glücksspielrechtliche Erlaubnis abgelehnt und die Schließung der Spielhalle angeordnet wird. Sie hat damit deutlich gemacht, sich an den Vorgaben des Erlasses orientieren zu wollen. Hieraus ergibt sich aber nicht die Absicht, die Auswahlentscheidung erst nach Ablauf der Übergangsfrist zu treffen, so dass sämtliche Altbetreiber zunächst in die formelle Illegalität getrieben würden. Deshalb kann der Antragsgegnerin eine entsprechende Absicht auch nicht unterstellt werden. Die Antragstellerin selbst ist durch ihre bisherige Weigerung, einen Erlaubnisantrag zu stellen, mitverantwortlich dafür, dass sie ihre Chancen auf einen rechtmäßigen Weiterbetrieb nicht früher genutzt und die Antragsgegnerin nicht ihrer ursprünglichen Absicht entsprechend möglichst frühzeitig ihre Auswahlentscheidung unter den Interessenten an einem Spielhallenbetrieb in ihrem Gebiet getroffen hat. Aus dieser Rücksichtnahme der Antragsgegnerin auch auf Belange der Antragstellerin lässt sich nicht entnehmen, die Antragsgegnerin habe nicht die Absicht, rechtzeitig vor Ablauf der Übergangsfrist über die vorliegenden Erlaubnisanträge zu entscheiden. Die Antragstellerin geht selbst davon aus, dass die Antragsgegnerin in Kürze entscheiden werde (Seite 10 ihres Schriftsatzes vom 21.2.2017). Dies ist selbst zum jetzigen Zeitpunkt noch rechtzeitig möglich.

Rn. 73

d) Allerdings besteht, worauf die Antragstellerin zu Recht hinweist, Anlass zur Klarstellung, dass es in Nordrhein-Westfalen zum Weiterbetrieb von Bestandsspielhallen schon ab dem 1.7.2017 einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis bedarf, weshalb die Antragsgegnerin verpflichtet ist, ihre Auswahlentscheidung – unter den vorliegenden Erlaubnisansträgen – vor diesem Zeitpunkt und nicht erst vor dem 1.12.2017 zu treffen. Der Glücksspielstaatsvertrag ist in Nordrhein-Westfalen nach der nicht unklaren, sondern eindeutigen Regelung in Art. 1 § 2 Abs. 1 des (nach seinem Art. 4 am 1.12.2012 in Kraft getretenen) Gesetzes zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland vom 13.11.2012 (GV. NRW. S. 524) rückwirkend am 1.7.2012 in Kraft getreten, so dass die Frist des § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV am 30.6.2017 endet. Dies ist bereits seit einiger Zeit in der Rechtsprechung des Senats geklärt.

Rn. 74

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 27.8.2015 – 4 B 407/15 –, GewArch 2016, 117 = juris, Rn. 13.

Rn. 75

Da jedoch die Antragsgegnerin sämtliche Altbetreiber im Übereinstimmung mit der Annahme des Ministeriums für Inneres und Kommunales NRW, der Glücksspielstaatsvertrag sei in Nordrhein-Westfalen erst am 1.12.2017 in Kraft getreten (<http://www.mik.nrw.de/themen-aufgaben/verfassung-recht/gluecksspielrecht.html>), auf einen Lauf der Übergangsfrist bis zum 30.11.2017 hingewiesen hat und sie sich deshalb alle in ihren Dispositionen hierauf einstellen durften, dürften bei ihnen allen jedenfalls für die Zeit bis zum 30.11.2017 die Voraussetzungen für die Befreiung von den Anforderungen nach §§ 24 und 25 GlüStV zur Vermeidung unbilliger Härten gegeben sein. Eine rechtzeitige Bescheidung frühzeitig gestellter vollständiger Anträge vor dem 1.7.2017 kann ? zumindest in diesem Umfang auf entsprechenden Antrag ? erforderlichenfalls auch gerichtlich durchgesetzt werden, um jedenfalls für die nach bisherigen Informationen der Antragsgegnerin den Altbetreibern zuzubilligende Zeit den Eintritt der formellen Illegalität zu verhindern.

Rn. 76

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u. a. –, juris, Rn. 186; EuGH, Urteil vom 9.9.2010 – C-64/08 –, GewArch 2011, 29 = juris, Rn. 55.

Rn. 77

e) Der Antragstellerin ist auch nicht darin zu folgen, ihr stehe trotz der ihr gewährten Übergangsfrist von fünf Jahren der Sache nach gar kein Übergangszeitraum zur Verfügung, in dem sie sich verlässlich auf die Einstellung ihres Betriebes einstellen könne, weil noch immer nicht darüber entschieden sei, welche Spielhallen nach Ablauf der Übergangsfrist fortbestehen dürften. Den insoweit berechtigten Anliegen der Betreiber von Bestandsspielhallen, für die die fünfjährige Übergangsvorschrift gilt, kann ebenfalls im Rahmen der Entscheidung über Erlaubnisanträge nach §§ 24 GlüStV, 16 AG GlüStV NRW hinreichend Genüge getan werden. Schon innerhalb der fünfjährigen Übergangsfrist konnte die Antragstellerin verlässliche Planungen dazu anstellen, welche ihrer beiden Spielhallen sie künftig aufgeben möchte, weil eine von ihnen jedenfalls gegen das Verbundverbot nach § 25 Abs. 2 GlüStV verstößt. Ob die verbleibende Spielhalle, die mit zahlreichen weiteren in einem Konkurrenzverhältnis steht, nach der noch ausstehenden Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin fortbestehen darf, ist für die Antragstellerin allerdings noch immer nicht verlässlich planbar, obwohl sie sich frühzeitig bei der Antragsgegnerin über die für die Auswahlentscheidung maßgeblichen Entscheidungskriterien informiert hat. Insoweit musste die Antragstellerin mit der Möglichkeit rechnen, nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist auch den zweiten Betrieb schließen zu müssen. Hierauf konnte sie sich allenfalls durch geeignete Vertragsgestaltungen einstellen, die ihr nach Möglichkeit sowohl die Option zum Weiterbetrieb als auch die Beendigung der Spielhallennutzung offen hielten. Um die nach einer etwaigen negativen Auswahlentscheidung ggf. noch vorzunehmenden Abwicklungsmaßnahmen zu ermöglichen, hat der Gesetzgeber in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV allerdings zur Vermeidung einer unbilligen Härte eine Befreiung von den Anforderungen des Verbots von Mehrfachkomplexen und den Abstandsgeboten für einen angemessenen Zeitraum ermöglicht. Dadurch können besondere persönliche und wirtschaftliche Umstände berücksichtigt werden, aus denen eine zu kurzfristige Betriebsaufgabe – gerade auch mit Blick auf eine vergleichsweise spät getroffene behördliche Auswahlentscheidung – aus von der Berufsfreiheit (oder der Eigentumsfreiheit) geschützten Gründen unverhältnismäßig wäre.

Rn. 78

Vgl. BVerwG, Urteil vom 16.12.2016 ? 8 C 6.15 ?, ZfWG 2017, 127 = juris, Rn. 65.

Rn. 79

II. Der Hilfsantrag bleibt ebenfalls ohne Erfolg, weil kein entsprechender Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht ist. Der Rechtsstreit ist nicht an die Vergabekammer zu verweisen. Die Erteilung von Erlaubnissen gemäß den §§ 24 GlüStV bzw. 16 AG GlüStV NRW ist keine Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Sinne des förmlichen Vergaberechts nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), Art. 5 Nr. 1b RL 2014/23/EU. Danach sind Dienstleistungskonzessionen entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Konzessionsgeber ein oder mehrere Unternehmen mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen bestehen. Bei der Erteilung glücksspielrechtlicher Erlaubnisse nach §§ 24 GlüStV, 16 AG GlüStV NRW handelt es sich nicht um entgeltliche wechselseitig bindende Verpflichtungen, mit denen die Betreiber mit der Erbringung von Dienstleistungen betraut werden. Vielmehr beschränkt sich die Behörde durch die Erlaubniserteilung auf eine reine einseitige Gestattung für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit, die durch ordnungsrechtliche Anforderungen im Sinne der Suchtprävention näher eingeschränkt wird und aus deren Erbringung sich der Wirtschaftsteilnehmer von sich aus zurückziehen darf. Es fehlt zudem an dem erforderlichen Beschaffungsvorgang, weil der Betrieb dem Erlaubnisgeber nicht unmittelbar wirtschaftlich zu Gute kommt.

Rn. 80

Vgl. Nr. 11 ff., 14 f. der Erwägungsgründe der RL 2014/23/EU; Wagner, in: juris Praxiskommentar, Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, § 105 GWB Rn. 59 ff., 66 ff.; EuGH, Urteil vom 25.3.2010 – C-451/08, Helmut Müller –, EU:C:2010:168_1, EuZW 2010, 336 = juris, Rn. 45, 48, 54.

Rn. 81

Indem die Staatsvertragsparteien das ordnungsrechtliche Ziel verfolgt haben, ein ausreichendes Angebot an Glücksspiel sicherzustellen und den Bedarf der Bevölkerung in legale Bahnen zu lenken, haben sie im Bereich der Spielhallen den privaten Betreibern in einem ordnungsrechtlich für vertretbar gehaltenen Rahmen ein eigennütziges Betätigungsfeld belassen, ohne das entsprechende Angebot erstmals als eigene staatliche Aufgabe zu begreifen. Es ging ihnen entgegen der Annahme der Stellungnahme von N. -X. & Partner vom 24.4.2017 nicht um eine „Verstaatlichung“ des Glücksspielangebots in Spielhallen verbunden mit einer Beschaffung bei privaten Anbietern. Dies ergibt sich auch nicht aus § 1 Abs. 2 AG GlüStV NRW. Soweit das Land danach unter anderem die Sicherstellung eines ausreichenden Glücksspielangebots, die Suchtprävention und -hilfe sowie die Glücksspielaufsicht als öffentliche Aufgabe wahrnimmt, stellt die Gesetzesbegründung klar, dass diese öffentlichen Aufgaben dem Ordnungsrecht zugeordnet sind.

Rn. 82

Vgl. Begründung zum Gesetz zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, LT-Drs. 16/17, S. 32, 43 f.

Rn. 83

Der Landesgesetzgeber hat auch durch § 3 Abs. 1 AG GlüStV NRW nichts daran geändert, dass der Betrieb von Spielhallen privaten Anbietern wie bisher originär überlassen bleibt. Indem er in Satz 2 ausdrücklich klargestellt hat, dass das Erlaubniserfordernis für Spielhallen nach § 24 GlüStV unberührt bleibt, hat er sich hier auf die Festlegung zusätzlicher ordnungsrechtlicher Anforderungen an private Betreiber beschränkt, ohne auch insoweit zu bestimmen, dass das Land die öffentliche Aufgabe, Glücksspiele zu veranstalten und durchzuführen, durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder eine privatrechtliche Gesellschaft, an der eine oder mehrere juristische Personen des öffentlichen Rechts unmittelbar oder mittelbar maßgeblich beteiligt sind, erfüllen kann (Satz 1). Dem Gesetz lässt sich auch nicht entnehmen, dass den Erlaubnisnehmern im Sinne eines entgeltlichen gegenseitigen Beschaffungsvertrags eine Verpflichtung zum Betrieb ihrer Spielhallen auferlegt werden sollte. Es steht ihnen frei, ohne dass sie sich „vertragsbrüchig“ machen, den erlaubten Betrieb jederzeit zu beenden.

Rn. 84

Zudem fällt die Spielhallenerlaubnis auch deshalb nicht unter das im Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen geregelte wirtschaftsrechtliche Vergaberecht, weil dessen Regelungen, soweit sie die Anwendbarkeit auf Dienstleistungskonzessionen bestimmen, (lediglich) die Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU (RL 2014/23/EU) vom 26.2.2014 (ABl. L 94/1) in nationales Recht umsetzen.

Rn. 85

Vgl. Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/6281, S. 55 f.

Rn. 86

Der EuGH hat aber wiederholt – auch nach Inkrafttreten der Konzessionsvergaberichtlinie im April 2016 – entschieden, dass die Regelung der Glücksspiele zu den Bereichen gehört, in denen beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen. Wegen einer fehlenden Harmonisierung des betreffenden Gebiets durch die Union ist es Sache der einzelnen Mitgliedstaaten, in diesen Bereichen im Einklang mit ihrer eigenen Wertordnung zu beurteilen, welche Erfordernisse sich aus dem Schutz der betroffenen Interessen ergeben. Sie verfügen bei der Bestimmung des ihnen am geeignetsten erscheinenden Niveaus des Schutzes der Verbraucher und der Sozialordnung über ein weites Ermessen.

Rn. 87

Vgl. EuGH, Urteil vom 8.9.2016 – C-225/15, Domenico Politanò –, EU:C:2016:645, ZfWG 2016, 425 = juris, Rn. 39, m. w. N.

Rn. 88

Auch nach Nr. 35 der Erwägungsgründe der RL 2014/23/EU sollte die Richtlinie das Recht der Mitgliedstaaten nicht beschränken, im Einklang mit dem Unionsrecht zu entscheiden, auf welche Weise – einschließlich durch Genehmigungen – der Spiel- und Wettbetrieb organisiert und kontrolliert wird. Im Anschluss an diese allgemeine Erläuterung bezogen auf das ganze Spiel- und Wettrecht finden sich Ausführungen zum Ausschluss von Konzessionen für den Lotteriebetrieb vom Anwendungsbereich der Richtlinie mit der ergänzenden Begründung, es müsse den Mitgliedstaaten möglich bleiben, aufgrund ihrer Verpflichtungen zum Schutz der öffentlichen und sozialen Ordnung den Bereich Spieltätigkeiten auf nationaler Ebene zu regeln; insoweit könne kein wettbewerbliches Verfahren zur Anwendung kommen.

Rn. 89

Die von der Antragstellerin angeregte Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV ist wegen der Unmissverständlichkeit seiner Rechtsprechung sowie der angeführten klarstellenden Erwägungsgründe der RL 2014/23/EU nicht geboten.

Rn. 90

Ist danach der Glücksspielbereich weiterhin insgesamt nicht europarechtlich harmonisiert, kann auf sich beruhen, ob zusätzlich die ausdrücklich nur auf Lotteriedienstleistungen, die unter die Referenznummer des Common Procurement Vocabulary 92351100-7 fallen, und die einem Unternehmen auf der Grundlage eines ausschließlichen Rechts gewährt werden, bezogene Bereichsausnahme vom Anwendungsbereich des förmlichen Vergaberechts nach § 149 Abs. 1 Nr. 10 GWB, Art. 10 Abs. 9 RL 2014/23/EU einschlägig ist.

Rn. 91

In Deutschland haben die Länder im Rahmen ihrer Gesetzgebungskompetenz nach Art. 70 Abs. 1, Art. 72 Abs. 1 GG glücksspielrechtliche Beschränkungen in den Glücksspielstaatsvertrag aufgenommen. Sie unterfallen schon kompetenzrechtlich nicht den Vorgaben des bundesrechtlich auf der Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) und Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG (Verhütung des Missbrauchs wirtschaftlicher Machtstellung) im Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelten wirtschaftsrechtlichen Vergaberechts.

Rn. 92

Vgl. Gesetzentwurf, BT-Drs. 18/6281, S. 55 f.

Rn. 93

III. Nach alledem besteht auch kein Ordnungsanspruch festzustellen, dass das Fehlen einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach den §§ 24 Abs. 1 GlüStV und 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW die Antragstellerin bis zum Abschluss eines dem Publizitätserfordernis entsprechenden wettbewerbsoffenen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahrens, in dem die Zuschlags- und Auswahlkriterien für die zu lösende Konkurrenzsituation im Voraus festgelegt sind und im Voraus bekannt gegeben werden sowie an den Zielen des Staatsvertrages und des § 1 AG GlüStV NRW ausgerichtet sind und das – soweit anwendbar – den Vierten Teil des GWB berücksichtigt, nicht daran hindert, im Zuständigkeitsbereich der Stadt X1. Spielhallen zu errichten und zu betreiben. Insbesondere lässt sich derzeit für den Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin noch nicht beurteilen, ob glücksspielrechtliche Erlaubnisse nach den §§ 24 Abs. 1 GlüStV und 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW für die Zeit nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist tatsächlich nicht in einem europarechtskonformen transparenten Auswahlverfahren erteilt werden.

Rn. 94

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 154 Abs. 2 VwGO, 21 Abs. 1 GKG. Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens werden gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 GKG nicht erhoben. Nach dieser Vorschrift werden Kosten, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären, nicht erhoben. Dies setzt ein erkennbares Versehen oder offensichtliche Verstöße gegen klare gesetzliche Regelungen voraus.

Rn. 95

Vgl. BFH, Beschluss vom 7.10.2010 ? II E 6/10 ?, juris, Rn. 5, m. w. N.

Rn. 96

In diesem Sinne hat das Verwaltungsgericht offensichtlich den Anspruch der Antragstellerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt. Ohne diesen Verstoß hätte es der Einlegung einer Beschwerde, in der sich die Antragstellerin vor allem hiergegen wandte, nicht mehr bedurft.

Rn. 97

Vgl. BGH, Beschluss vom 17.2.2011 ? V ZB 310/10 ?, NJW 2011, 1363 = juris, Rn. 4, 11; OVG NRW, Beschluss vom 17.2.2015 ? 4 B 1479/14 ?, NVwZ-RR 2015, 561 = juris, Rn. 9 ff.

Rn. 98

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1, 63 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GKG und berücksichtigt, dass es der Antragstellerin um den weiteren Betrieb zweier Spielhallen geht. Dabei zieht der Senat in Orientierung an dem Vorschlag unter Nr. 54.1 bzw. 54.2.1 des Streitwertkatalogs 2013 für die Verwaltungsgerichtsbarkeit [NVwZ-Beilage 2013, 58 (68)] den dort genannten Mindestbetrag für den Jahresgewinn von 15.000 EUR als Grundlage der Wertfestsetzung heran. Dieser Betrag ist wegen der Vorläufigkeit des Eilverfahrens zu halbieren (Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs 2013).

Rn. 99

Dieser Beschluss ist gemäß § 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG unanfechtbar.

Zitiervorschlag: Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 08.06.2017 – 4 B 307/17, ECLI:DE:OVGNRW:2017:0608.4B307.17.01

Quelle: Open Legal Data, abgerufen 09.07.2026

Entscheidungstext bereitgestellt über Open Legal Data (openlegaldata.io), lizenziert unter der Open Database License (ODbL) v1.0.

Nicht-amtliche Fassung — maßgeblich ist die Ausfertigung des Gerichts

Dieses Dokument: <https://recht.nulegal.eu/rechtsprechung/ovg-nrw/2017-06-08/4-b-307-17>