ABHANDLUNGEN

Die Rechtsprechung zum Landesglücksspielgesetz – Rückblick und Ausblick

Von Dr. Darío Mock*

Am 29.12.2012 ist zur Umsetzung der Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrags das Landesglücksspielgesetz (LGlüG)¹ in Kraft getreten. Eine wesentliche Zielsetzung der gesetzlichen Regelungen ist eine Verringerung der Anzahl an Spielhallen. Hierzu sieht das LGlüG insbesondere Abstandsvorgaben zu anderen Spielhallen sowie zu Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen sowie ein Verbot von mehr als einer Spielhalle in einem Gebäude oder Gebäudekomplex vor. Obgleich das zuständige Ministerium Hinweise zur Auslegung und Anwendung der gesetzlichen Vorgaben erlassen hat, wirft das LGlüG zahlreiche verfassungsrechtliche Fragestellungen sowie Auslegungsfragen bei der Behandlung von Bestandsspielhallen sowie im Zusammenhang mit der Durchführung von Auswahlverfahren auf, die erst nach und nach von der Rechtsprechung einer Klärung zugeführt werden konnten.

I. Ausgangslage

Die Vorgaben des LGlüG sind auch von bereits bestehenden und nach § 33 i Gewerbeordnung (GewO) genehmigten Spielhallen einzuhalten, da auch diese Spielhallen eine Erlaubnis nach § 41 LGlüG benötigen. Für Bestandsspielhallen war allerdings ein gestaffelter Übergangszeitraum vorgesehen, zudem eine befristete Möglichkeit zur Befreiung von Abstandsgebot und Verbundverbot. Auf diese Weise sollte eine sukzessive Verringerung der Bestandsspielhallen bei gleichzeitiger Berücksichtigung der berechtigten Bestandsinteressen der Betreiber erreicht werden.

Das beabsichtigte zeitlich gestaffelte „Abschmelzen“ der Bestandsspielhallen bis zum Ende des gesetzlichen Übergangszeitraums, das der Systematik der Regelungen des LGlüG zugrunde liegt, wurde aus mehreren Gründen deutlich verfehlt. Zunächst wurde gegen nahezu jede behördliche Verfügung, durch die für eine bestehende Spielhalle die nach Ablauf des Übergangszeitraums erforderliche Erlaubnis oder Befreiung versagt wurde, Widerspruch eingelegt und nachfolgend Klage erhoben. Parallel hierzu wurden regelmäßig Eilverfahren geführt, gerichtet auf vorläufige Duldung der noch nicht genehmigten Spielhalle oder auf Aussetzung eines angeordneten Sofortvollzugs im Falle von Schließungsverfügungen. Bedingt durch gesetzlich vorgegebene Stichtage (Ende des Übergangszeitraums) waren damit auf einen Schlag eine sehr große Zahl an Verfahren zu bewältigen. Gleichzeitig wurden in der Anfangsphase in aller Regel keine Schließungsverfügungen erlassen, zumindest aber kein Sofortvollzug angeordnet, da man aufgrund der *Vielzahl ungeklärter Rechtsfragen* erhebliche Haftungsfolgen befürchtete. Dies hatte zur Folge, dass ungeachtet laufender Verfahren nahezu alle Bestandsspielhallen, obgleich etwa im Falle von Mehrfachspielhallen offensichtlich nicht erlaubnisfähig, weiterhin betrieben wurden. Die Betreiber hatten aus diesem Grund auch keinen Anlass, Verfahren zügig voranzutreiben.

Rechtliche Unsicherheiten bei der Anwendung des LGlüG betrafen – neben verfassungsrechtlichen Fragestellungen zur Vereinbarkeit der gesetzlichen Neuregelung mit der grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit – etwa die Übergangsregelung für Bestandsspielhallen in § 51 LGlüG sowie die Frage des Verhältnisses von sog. Härtefallerlaubnissen, bei denen Bestandsspielhallen befristet von den gesetzlichen Abstandsvorgaben befreit wurden, zu einfachen Erlaubnissen, die mangels Härtefall ohne Befreiung erteilt wurden. Da keine gesetzliche Ausgestaltung eines Auswahlverfahrens erfolgt ist, waren sowohl die Vorgaben für eine zu treffende Auswahl zwischen konkurrierenden Spielhallen als auch die dafür maßgeblichen Einzelkriterien zu klären. Schließlich war der Begriff der Einrichtung zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen, der für die Neugenehmigung ebenso wie für eine Auswahlentscheidung von großer Bedeutung ist, noch nicht hinreichend konturiert. Der vorliegende Beitrag stellt wesentliche Entwicklungsschritte der Rechtsprechung dar. Diese hat mittlerweile viele der Fragen geklärt, die gerade zu Beginn der Umsetzung des LGlüG zu erheblicher Verunsicherung geführt haben.

II. Abstandsgebot und Verbundverbot

Kernstück der Spielhallen betreffende Regelungen des LGlüG bilden zum einen die gesetzlich geregelten *Abstandsgebote*, zum anderen das Verbot von Mehrfachspielhallen (*Verbundverbot*). Nach

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht in der Sozietät Heilshorn Mock Edelbluth in Freiburg.

¹ Landesglücksspielgesetz (LGlüG) vom 20.11.2012 (GBl. 2012, 604), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 25.02.2025 (GBl. 2025 Nr. 15).

§ 42 Abs. 1 LGlüG müssen Spielhallen untereinander einen Abstand von mindestens 500 m Luftlinie, gemessen von Eingangstür zu Eingangstür, haben. Daneben müssen Spielhallen gemäß § 42 Abs. 3 LGlüG zu bestehenden Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen ebenfalls einen Mindestabstand von 500 m Luftlinie, wiederum gemessen von Eingangstür zu Eingangstür, einhalten.² Schließlich sind Mehrfachspielhallen, wie sie früher üblich waren, nicht mehr zulässig. Nach § 42 Abs. 2 LGlüG ist die Erteilung einer Erlaubnis für eine Spielhalle ausgeschlossen, die in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen steht, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht ist. Das Verbundverbot kann dabei durchaus als Sonderfall der Abstandsregelung für Spielhallen untereinander angesehen werden.

1. Verfassungsmäßigkeit

Die Vereinbarkeit der Abstandsregelungen sowie des Verbots von Mehrfachkonzessionen mit den *verfassungsrechtlichen Vorgaben* dürfte in der Rechtsprechung mittlerweile – jedenfalls auf nationaler Ebene – als geklärt anzusehen sein. Gerade in der Anfangszeit der Umsetzung des LGlüG war die Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Regelungen, neben den Fragen im Zusammenhang mit der Anwendung der Übergangs- und Härtefallregelung nach § 51 Abs. 5 LGlüG a. F., ein zentraler Diskussionspunkt in Verwaltungs- und Gerichtsverfahren.

In seiner für die Weiterentwicklung der Rechtsprechung durchaus als wegweisend zu bezeichnenden Entscheidung vom 17.06.2014 hat der Staatsgerichtshof Baden-Württemberg (StGH BW) die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit zentraler Regelungen festgestellt. Insbesondere sind demnach das Verbundverbot und die Abstandsregelung zu anderen Spielhallen mit der grundrechtlich verbürgten Berufsfreiheit vereinbar.³ Auf Bundesebene wurde eine inhaltlich gleichlaufende Entscheidung zunächst 2016 durch das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) zu den landesgesetzlichen Regelungen in Berlin⁴ getroffen. Weder das Abstandsgebot noch das Verbundverbot wurden durch das BVerwG beanstandet, beide Regelungen wurden vielmehr als mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar angesehen.⁵

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat nachfolgend 2017 eine – wiederum die gesetzlichen Regelungen bestätigende – Entscheidung zu den landesrechtlichen Abstandsgeboten und Verbundverboten nach den Glücksspielgesetzen der Länder Berlin, Bayern und des Saarlandes getroffen. Danach stellt die Bekämpfung der Spiel- und Wertsucht ein *legitimes Ziel* für die Berufsfreiheit einschränkende Regelungen dar. Die getroffenen Regelungen seien zur Erreichung dieses Ziels geeignet, erforderlich und angemessen, daher verfassungsrechtlich im Ergebnis nicht zu beanstanden.⁶

Auf Landesebene hat der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (VGH BW) festgestellt, dass die Rechtsprechung des BVerwG sowie des BVerfG in den genannten Entscheidungen auf die entsprechenden Regelungen des baden-württembergischen LGlüG übertragbar seien.⁷ Zudem seien die Zielsetzungen des LGlüG als so gewichtig anzusehen, dass darin selbst zur Rechtfertigung einer objektiven Berufszulassungsschranke hinreichende Gemeinwohlgründe zu sehen seien.⁸

Neben den landes- wie bundesrechtlichen Vorgaben des Verfassungsrechts sieht die Rechtsprechung auch keinen Verstoß gegen *europäisches Primärrecht*. In der obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung „sei geklärt, dass das Erlaubniserfordernis, die Abstandsgebote und die Verbundverbote für Spielhallen nach dem Glücksspielstaatsvertrag unionsrechtlich zulässige, insbesondere auch im Lichte der konkreten Anwendungsmodalitäten kohärente Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs im Glücksspielbereich darstellen“.⁹ Dies gelte auch unter Berücksichtigung eines etwaigen Vollzugsdefizits im Bereich des On-

line-Glücksspiels und könne auch nicht damit entkräftet werden, dass in einzelnen Bundesländern – konkret betraf dies die Regelungen in Bayern und Rheinland-Pfalz – das Mindestabstandsgebot aufgrund befristeter Übergangsregelungen nicht angewendet wird.¹⁰

Auf die vorstehend zitierten Entscheidungen wird in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte und des VGH BW immer wieder Bezug genommen. Ansatzpunkte für eine abweichende verfassungsrechtliche Beurteilung der Abstandsregelungen sowie des Verbundverbots sind darin nicht ersichtlich. Ein vergleichbares Bild ergibt sich, betrachtet man die Rechtsprechung in anderen Bundesländern. Allenfalls eine Korrektur durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) wäre wohl vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Kohärenzgebots denkbar, jedenfalls sofern ein grenzüberschreitender Sachverhalt glaubhaft gemacht werden kann.¹¹ Da der EuGH allerdings davon ausgeht, dass die Regulierung des Glücksspiels zu den Bereichen gehört, in denen beträchtliche sittliche, religiöse und kulturelle Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen und als Folge ein weites Regelungsermessen besteht, dürfte dies als eher unwahrscheinlich anzusehen sein.¹²

2. Anwendungsfragen

Die sich bei der Anwendung der Abstandsvorgaben sowie des Verbundverbots ergebenden Fragestellungen sind in der Praxis überschaubar. Bereits aus dem Gesetzeswortlaut ergibt sich, dass der Abstand nach § 42 Abs. 1 und 3 LGlüG jeweils *Luftlinie* zu messen ist. Der Begriff bezeichnet die kürzeste Entfernung zwischen zwei geographischen Punkten über den direkten Luftweg durch eine parallel zur Erdoberfläche verlaufende Strecke.¹³ Maßgebend ist damit nicht die Wegstrecke, die bei einem Wechsel von der einen in die andere Spielhalle zurückgelegt werden muss und die je nach den örtlichen Gegebenheiten durchaus mehr als 500 m betragen kann.¹⁴ Auch bleiben tatsächliche, etwa topographische Hindernisse, selbst wenn sie kaum überwindbar sein sollten, unberücksichtigt. Derartige Umstände können allerdings im Rahmen der Auswahlscheidung zwischen konkurrierenden Spielhallen Berücksichtigung finden.¹⁵ Zu einer Unverhältnismäßigkeit der gesetzlichen Regelung, die auf die Luftlinie abstellt, führt eine längere Wegstre-

2 Allerdings gilt diese Vorgabe nicht für Bestandsspielhallen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des LGlüG 2012 bereits nach § 33 i GewO genehmigt waren, § 51 Abs. 3 LGlüG.

3 StGH BW, Ur. v. 17.06.2014, VBIBW 2014, 427; der nachfolgende Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wurde durch das BVerfG abgelehnt, BVerfG, Beschl. v. 05.08.2015, ZfWG 2015, 408.

4 Abstandsgebot zu Spielhallen: § 2 Abs. 1 Satz 3 SpielhG BE; Verbundverbot: § 2 Abs. 1 Satz 2 SpielhG BE.

5 BVerwG, Ur. v. 16.12.2016, NVwZ 2017, 791; die gegen die Entscheidung erhobene Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

6 BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017, NVwZ 2017, 1111.

7 VGH BW, Ur. v. 25.04.2017, VBIBW 2017, 506, nachfolgend bestätigt durch BVerwG, Beschl. v. 06.06.2018, ZfWG 2019, 199.

8 VGH BW, Ur. v. 09.12.2021, VBIBW 2022, 341.

9 VGH BW, Ur. v. 26.10.2017 (n.v.), zitiert in VGH BW Beschl. v. 14.06.2018, ZfWG 2018, 424; ebenso VGH BW, Ur. v. 04.07.2019, ZfWG 2019, 483; VGH BW, Beschl. v. 27.11.2019, VBIBW 2020, 250; VGH BW, Ur. v. 15.11.2021, jeweils m. w. N.

10 VGH BW, Beschl. v. 15.11.2021, NVwZ-RR 2022, 263; Ur. v. 10.02.2022, VBIBW 2022, 453.

11 Zurückhaltend hierzu VGH BW, Beschl. v. 15.11.2021, NVwZ-RR 2022 m. w. N.

12 EuGH, Ur. v. 12.06.2014, NVwZ 2014, 1001 m. w. N.

13 VGH BW, Ur. v. 25.04.2017, VBIBW 2017, 506 unter Verweis auf Wikipedia und den Duden.

14 VGH BW, Ur. v. 25.04.2017, VBIBW 2017, 506; ebenso BayVGH, Beschl. v. 29.11.2013 – 10 CS 13.1966 – juris.

15 Siehe dazu unten IV.3.c).

cke nach der Rechtsprechung nicht, da sich dies im Rahmen des Gestaltungsspielraums des Gesetzgebers hält.¹⁶

Die Bestimmung des konkreten Abstands zwischen zwei Spielhallen bzw. zwischen einer Spielhalle und einer Einrichtung zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen mag im Einzelfall mit technischen Schwierigkeiten behaftet sein. Dies betrifft zum einen die Feststellung der genauen Lage der für die Abstandsmessung maßgeblichen *Eingänge*, zum anderen die Qualität der zur Abstandsmessung herangezogenen *Grundlagen* in Form von Luftbildern oder Lageplänen. Angesichts der Genauigkeit von Messungen, insbesondere auf der Grundlage bestehender Geoinformationssysteme, sind diese Fragestellungen jedoch in technischer Hinsicht lösbar und führen erfahrungsgemäß in den wenigsten Fällen zu ergebnisrelevanten Abweichungen.

Das Verbot von Mehrfachspielhallen wirft in der Praxis kaum Fragen auf; soweit ersichtlich wurde die Anwendung des Verbundverbots in tatsächlicher Hinsicht in der Rechtsprechung bislang nicht thematisiert. Eine denkbare Abgrenzung zwischen Gebäuden und den ebenfalls der gesetzlichen Regelung unterfallenden *Gebäudekomplexen* dürfte im Ergebnis nicht zu abweichenden Ergebnissen führen, da ungeachtet der Frage des Vorliegens eines Gebäudekomplexes bei Spielhallen, die sich nicht im selben Gebäude befinden, jedenfalls das Abstandsgebot eingreifen wird.

3. Ausblick

Mit Blick auf künftige Verfahren werden die Abstandsregelungen sowie das Verbot von Mehrfachkonzessionen nach erfolgter Bearbeitung der noch laufenden Altverfahren weiterhin bei der Neuzulassung von Spielhallen bzw. im Falle eines Betreiberwechsels (§ 51 Abs. 2 Satz 4 LGLüG) Anwendung finden. Ausgenommen bleibt das Abstandsgebot zu Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen bei Altspielhallen gemäß § 51 Abs. 3 LGLüG (§ 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG a. F.). Sofern keine Anpassung durch den Gesetzgeber erfolgt und etwa Verbundspielhallen wieder zugelassen werden, bleibt die Standortsuche für Neuspielhallen damit in ein enges räumliches Korsett geschnürt. Die verfassungsrechtliche Diskussion dürfte insoweit als weitgehend abgeschlossen anzusehen sein.

III. Behandlung von Bestandsspielhallen

Das Regelungsregime nach dem LGLüG unterscheidet grundsätzlich nach bestehenden Spielhallen und neu zu genehmigenden Spielhallen. Zwar ist für alle Spielhallen nach Inkrafttreten des LGLüG eine Erlaubnis nach dem LGLüG erforderlich, die gemäß § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG die Erlaubnis nach § 33 i GewO ersetzt und diejenige nach dem Glücksspielstaatsvertrag mit umfasst. Aber nur für neu zu genehmigende Spielhallen und im Falle eines Betreiberwechsels (§ 51 Abs. 2 Satz 4 LGLüG) finden die gesetzlichen Vorgaben in vollem Umfang, also einschließlich der Abstandsvorgabe nach § 42 Abs. 3 LGLüG, Anwendung.¹⁷ Für Bestandsspielhallen sieht das Gesetz dagegen aus Bestands- und Vertrauensschutzgründen Privilegierungen vor. Dabei wird nochmals unterschieden zwischen Spielhallen, für die bis zum gesetzlichen Stichtag, dem 18.11.2011, eine Erlaubnis nach § 33 i GewO beantragt und in der Folge erteilt wurde (§ 51 Abs. 2 Satz 1 LGLüG), und solchen, bei denen dies erst nach dem 18.11.2011 der Fall war (§ 51 Abs. 2 Satz 2 LGLüG). Je nach Genehmigungszeitpunkt ist ein unterschiedlich langer Übergangszeitraum vorgesehen – im ersteren Fall bis zum 30.06.2017 (sog. langer Bestandsschutz), im letzteren Fall nur bis zum 30.06.2013 (kurzer Bestandsschutz). Für Spielhallen mit langem Bestandsschutz war zudem vorgesehen, dass zur Vermeidung unbilliger Härten über den Übergangszeitraum hi-

naus eine befristete Befreiung von § 41 Abs. 1 und 2 LGLüG erfolgen kann.

1. Härtefallregelung

Die weitestgehende Privilegierung sah das LGLüG bei Spielhallen mit langem Bestandsschutz vor, da bei diesen neben einer fünfjährigen Übergangszeit die Möglichkeit einer befristeten Befreiung von § 42 Abs. 1 und 2 LGLüG bestand.¹⁸ Voraussetzung hierfür war das Vorliegen einer *unbilligen Härte*. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unbilligen Härte sind nach § 51 Abs. 5 Satz 4 LGLüG a. F. 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 und Investitionen, die im Vertrauen auf den Bestand der nach Maßgabe des bisher geltenden Rechts erteilten Erlaubnis getätigt wurden, nicht abgeschrieben werden konnten.

Entgegen dem ersten Anschein bei unbefangener Lektüre des Gesetzeswortlauts sind die Anforderungen für die Annahme eines Härtefalls nahezu unerreichbar hoch. Wurden zu Beginn der Umsetzung der glücksspielrechtlichen Vorgaben des LGLüG durchaus Befreiungen erteilt, kam nach Maßgabe der hierzu ergangenen Rechtsprechung die Annahme eines Härtefalls kaum je noch in Betracht.

a) Noch nicht abgeschriebene Investitionen

In nahezu allen Altfällen wurde das Vorliegen einer unbilligen Härte wie gesetzlich vorgesehen mit Investitionen begründet, die im Vertrauen auf den Bestand der nach Maßgabe des bis dahin geltenden Rechts getätigt worden waren und noch nicht vollständig abgeschrieben werden konnten. Hierzu wurden regelmäßig umfangreiche Zahlenwerke und Nachweise vorgelegt, da nach § 51 Abs. 5 Satz 3 LGLüG a. F. dem Befreiungsantrag alle erforderlichen Unterlagen und Nachweise beizufügen waren. Eine weitere zeitliche Einschränkung ergab sich daraus, dass die einen Härtefall begründenden Umstände bis spätestens 18.11.2011 vorgelegen haben müssen. Denn ab diesem Zeitpunkt konnte auf den Fortbestand der Erlaubnis nach § 33 i GewO nicht mehr vertraut werden.¹⁹ Hinzu kam, dass im Falle eines Verpflichtungsbegehrens auf Erteilung einer Erlaubnis nebst Befreiung auf die Sach- und Rechtslage der insoweit maßgeblichen letzten mündlichen Verhandlung abzustellen war,²⁰ so dass auch schutzwürdige Investitionen im Zuge der regelmäßig langen Verfahren weiter abzuschreiben waren und sich ihr Gewicht daher verringerte. Verbunden mit dem zutreffenden Hinweis der Gerichte, ein etwaiger Vertrauensschutz verleihe kein uneingeschränktes Recht auf Amortisierung getätigter Investitionen,²¹ führte dies dazu, dass noch nicht abgeschriebene schutzwürdige Investitionen in aller Regel nicht bzw. zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht mehr geeignet waren, einen Härtefall zu begründen.

b) Langfristige Miet-/Pachtverträge

Neben noch nicht abgeschriebenen Investitionen wurden regelmäßig langfristige Pacht- oder Mietverträge ins Feld geführt, um die fehlende Möglichkeit zu einer Anpassung des Betriebs

16 BVerwG, Beschl. v. 06.06.2018, ZfWG 2019, 199; vorgehend VGH BW, Ur. v. 25.04.2017, VBIBW 2017, 506–510.

17 LT-Drs. 15/2431, S. 113; die Übergangsregelung ist damit betreiber- und nicht betriebsbezogen, VG Freiburg, Beschl. v. 13.12.2012 – 3 K 2074/12 – juris. A. A. Odenthal, GewArch 2012, 345, 348 zur Regelung im Staatsvertrag.

18 § 42 Abs. 3 LGLüG kommt wegen § 51 Abs. 3 LGLüG ohnehin nicht zur Anwendung.

19 VGH BW, Beschl. v. 27.11.2019, VBIBW 2020, 250. .

20 VGH BW, Ur. v. 09.12.2021, VBIBW 2022, 176 m. w. N.

21 BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017, NVwZ 2017, 1111; VGH BW, Beschl. v. 27.11.2019, VBIBW 2020, 250.

bzw. die Unwirtschaftlichkeit der Anpassung und damit einen Härtefall zu begründen. Doch auch für langfristige Vertragsverhältnisse galt die zeitliche Einschränkung, dass geschütztes Vertrauen nur dann angenommen werden konnte, wenn der Vertrag vor dem 18.11.2011 abgeschlossen worden war. Verträge, die erst nach dem gesetzlichen Stichtag abgeschlossen oder vom Betreiber verlängert wurden, waren demnach – ungeachtet der Laufzeit – zur Begründung schutzwürdigen Vertrauens ungeeignet.²² Darüber hinaus musste ein Betreiber darlegen, welche Bemühungen er unternommen hatte, um den Vertrag einvernehmlich anzupassen oder sich vom Vertrag zu lösen, bis hin zu einer fristlosen Kündigung.²³ Soweit ein ordentliches oder außerordentliches Kündigungsrecht bestand, konnte der Betreiber den Härtefall durch Kündigung vermeiden.²⁴ In aller Regel fehlte es auch bei schutzwürdigen Vertragsverhältnissen an entsprechenden Bemühungen und deren rechtzeitiger Darlegung im Verfahren. In Verbindung mit dem späten Beurteilungszeitpunkt konnten auch langfristige Vertragsverhältnisse regelmäßig keinen Härtefall begründen.

c) Betriebsanpassung

Eine Unmöglichkeit der Anpassung eines Betriebs aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen war nach den Maßstäben der Rechtsprechung nahezu ausgeschlossen. Zum einen wurde auch insoweit gefordert, dass ein Betreiber darlegen musste, welche zumutbaren Anstrengungen zur Umnutzung oder Anpassung er ergriffen hatte.²⁵ Zudem ging die Rechtsprechung von dem Grundsatz aus, dass die für eine Spielhalle genutzten Räumlichkeiten und die Betriebsmittel, wie Spielgeräte und andere Einrichtungsgegenstände, auch anderweitig nutzbar sind.²⁶ Dies war – ungeachtet des Nachweiserfordernisses – schon im Ansatz kaum zu widerlegen.

d) Zeitliche Geltungsdauer

Letztlich haben sich aber viele Diskussionen über das Vorliegen eines Härtefalls im Laufe anhängiger Verfahren rechtlich erledigt, denn die Befreiungsregelung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG a. F. ist seit dem Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags 2021 (GlüStV 2021) zum 01.07.2021 nicht mehr anwendbar. Die Regelung wurde vom GlüStV 2021, der eine entsprechende Befreiungsmöglichkeit nicht mehr vorsieht, als zeitlich nachfolgende Regelung verdrängt und wurde mittlerweile aufgehoben.²⁷ Ungeachtet dessen ist festzustellen, dass das Vorliegen eines Härtefalls und die Möglichkeit einer Befreiung in einigen anhängigen Verfahren weiterhin geltend gemacht wird.

2. Prüfungsreihenfolge

Nach Inkrafttreten der Vorgaben des LGlüG wurde zum Ende des fünfjährigen Übergangszeitraums am 30.06.2017 für nahezu alle bestehenden (Alt-)Spielhallen ein Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 LGlüG, ggf. in Verbindung mit einer Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG a. F., gestellt. Bei der Behandlung der Anträge konkurrierender Spielhallen gingen die zuständigen Behörden hinsichtlich der *Prüfungsreihenfolge* zunächst davon aus, dass in einem ersten Schritt die Voraussetzungen einer Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG a. F. (Härtefallbefreiung) zu prüfen seien. Soweit die Voraussetzungen für die Erteilung einer Befreiung bejaht werden konnten, war diese Spielhalle damit vorrangig zu genehmigen (sog. Härtefallerlaubnis). Sie schloss damit weitere Spielhallen innerhalb des Mindestabstands aus, sofern nicht für diese ebenfalls eine Befreiung erteilt werden konnte. Eine *Auswahl* zwischen zwei oder mehreren vorrangig zu genehmigenden Spielhallen war zwar im Grundsatz möglich, wurde aber im Regelfall ungeachtet der zwischen den Spielhallen bestehenden Abstände nicht durchgeführt. Konkurrierende Spielhallen, bei denen die Voraussetzungen der Härtefallregelung nicht vorlagen, wurden

als Folge unter Verweis auf das Abstandsgebot nach § 42 Abs. 1 LGlüG nicht zugelassen. Diese Vorgehensweise entsprach den Anwendungshinweisen des zuständigen Ministeriums²⁸ und wurde auch von der Rechtsprechung des VGH BW bestätigt.²⁹ Im Ergebnis führte dies dazu, dass sich diejenigen Spielhallen, bei denen ein Härtefall angenommen wurde, gegenüber sonstigen konkurrierenden Spielhallen durchsetzten.

Hinzu kam, dass die Härtefallregelung – was im Ergebnis zutreffend sein dürfte – anders als eine echte Auswahlentscheidung nicht als *drittschützend* angesehen wurde.³⁰ Ein aufgrund eines konkurrierenden Härtefalls abgelehnter Spielhallenbetreiber konnte danach im gerichtlichen Verfahren zwar geltend machen, auch hinsichtlich seiner Spielhalle lägen die Voraussetzungen eines Härtefalls vor. Eine Anfechtung der Härtefallentscheidung zugunsten des Konkurrenzbetreibers blieb ihm allerdings versagt. Effektiver Rechtsschutz gegen eine konkurrierende Härtefallentscheidung war damit, selbst wenn diese rechtswidrig erteilt worden war, regelmäßig nicht möglich.

Dieses Verständnis des Zusammenspiels zwischen Härtefallregelung einerseits und Auswahlentscheidung andererseits hat der Verfassungsgerichtshof Baden-Württemberg (VerfGH BW) in seiner Entscheidung vom 02.03.2023 als nicht mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar angesehen. Werde bei einer Antragskonkurrenz wegen wechselseitiger Nichteinhaltung des Mindestabstands vor der Durchführung eines Auswahlverfahrens zunächst das Vorliegen eines Härtefalls geprüft und werde im Anschluss die vorrangig erteilte Härtefallerlaubnis anderen Spielhallen nach § 42 Abs. 1 LGlüG entgegengehalten, so sei dies mit Art. 2 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Der sich daraus ergebende Vorrang von Härtefallerlaubnissen führe zu einer nicht mit der Neuregulierung des Glücksspielrechts zu vereinbarenden Privilegierung von Bestandsschutzinteressen.³¹

Als Konsequenz der Entscheidung des VerfGH BW wurde die bis dahin praktizierte Prüfungsreihenfolge umgekehrt. Zunächst war damit eine Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Spielhallen zu treffen. Erst in einem zweiten Schritt konnte dann hinsichtlich der unterlegenen Spielhalle(n) geprüft werden, ob im Einzelfall eine Befreiung zur Vermeidung unbilliger Härten geboten war. Aufgrund der langen Verfahrenslaufzeiten konnte in einer großen Zahl von Fällen der geänderten Rechtsprechung noch im Laufe des Verwaltungs- oder gerichtlichen Verfahrens Rechnung getragen werden. Eine Korrektur bereits bestandskräftiger Entscheidungen wäre zwar ebenfalls grundsätzlich möglich gewesen, ist aber soweit ersichtlich in den allerwenigsten Fällen tatsächlich erfolgt.

3. Zäsur-Rechtsprechung

Die Sonderregelungen für Bestandsspielhallen entfallen gemäß § 51 Abs. 2 Satz 4 LGlüG im Falle eines *Betreiberwechsels*. Hintergrund der Regelung ist der fehlende Vertrauensschutz des

22 VGH BW, Beschl. v. 27.11.2019, VBIBW 2020, 250.

23 VGH BW, Beschl. v. 11.08.2022, ZfWG 2022, 458; VG Sigmaringen, Urt. v. 20.10.2020 – 3 K 2934/20; VG Stuttgart, Urt. v. 12.05.2020 – 18 K 10575/18 – jeweils juris.

24 VG Freiburg, Urt. v. 27.02.2018 – 13 K 1448/16 – juris.

25 VG Sigmaringen, Urt. v. 20.10.2020 – 3 K 2934/20; VG Stuttgart, Urt. v. 12.05.2020 – 18 K 10575/18 – jeweils juris.

26 VG Sigmaringen, Urt. v. 20.10.2020 – 3 K 2934/20; VG Stuttgart, Urt. v. 12.05.2020 – 18 K 10575/18 – jeweils juris m. w. N.

27 VGH BW, Beschl. v. 28.11.2022, ZfWG 2023, 76.

28 Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGlüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand 11.12.2015, dort S. 29 ff.

29 VGH BW, Beschl. v. 16.04.2018, ZfWG 2018, 319.

30 VGH BW, Beschl. v. 14.06.2018, ZfWG 2018, 424; Beschl. v. 16.04.2018, ZfWG 2018, 319.

31 VerfGH BW, Urt. v. 02.03.2023, VBIBW 2023, 406.

Neubetreibers, der selbst nie Inhaber einer vertrauensbegründenden Erlaubnis nach § 33 i GewO war, die nicht übertragbar ist. Wechselt der Inhaber einer Spielhalle, so sind im Fall einer Erlaubniserteilung alle Vorgaben des LGlüG einzuhalten, auch wenn es sich um eine Bestandsspielhalle mit langem Bestandschutz handelt.³² Die Erteilung einer Härtefallbefreiung ist in einem solchen Fall ebenfalls nicht möglich.³³

Dem Betreiberwechsel gleichgestellt wurde in der Rechtsprechung – ohne dass sich dies dem Gesetzeswortlaut entnehmen ließe – der Fall einer ohne die erforderliche Erlaubnis nach § 41 LGlüG betriebenen Spielhalle. Eine dem Betreiberwechsel vergleichbare Zäsur stelle „in gleicher Weise der gesetzlich missbilligte, da ohne die erforderliche Erlaubnis erfolgende Weiterbetrieb einer Spielhalle nach Ablauf der (fingierten) Gültigkeitsdauer einer ursprünglich nach § 33 i GewO erteilten Erlaubnis dar. Ist die Legalisierung des Spielhallenbetriebs mittels einer Erlaubnis unterbrochen und liegt damit keine ‚nahtlose Fortschreibung‘ der Erlaubnis nach § 33 i GewO vor; bedarf es für den Weiterbetrieb der zu Unrecht weiterbetriebenen oder den Wiederbetrieb der zwischenzeitlich eingestellten Spielhalle – wie im Falle des Betreiberwechsels – einer neuen Erlaubnis. Der von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG vermittelte Bestands- und Vertrauensschutz entfällt jedenfalls während erlaubnisfreier Zeiten. Für den Senat ist nicht ersichtlich, dass der als Übergangsvorschrift vorgesehene § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG nach dem Willen des Gesetzgebers zeitlich quasi unbegrenzt auf jede Spielhalle Anwendung finden soll, die einst eine Erlaubnis nach § 33 i GewO innehatte. Vielmehr bedarf es – wie beim Betreiberwechsel – einer neuen Erlaubnis, in deren Rahmen § 42 Abs. 3 LGlüG ungeschmälert zur Anwendung kommt.“³⁴

Das Risiko, aufgrund einer solchen Zäsur rechtlich als „Neubetreiber“ eingeordnet zu werden, bestand dann nicht, wenn rechtzeitig vor dem Eintritt erlaubnisfreier Zeiten seitens der zuständigen Behörde eine aktive, ausdrücklich erklärte Duldung des Weiterbetriebs der Spielhalle ausgesprochen wurde. Eine aktive Duldung vermag nach der Rechtsprechung eine glücksspielrechtliche Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGlüG zwar nicht zu ersetzen, ein gesetzlich missbilligter Weiterbetrieb einer Spielhalle nach Ablauf der Gültigkeitsdauer der Erlaubnis ist in einem solchen Fall indes nicht zu erkennen.³⁵ In einer Vielzahl von Verfahren wurden seitens der Behörden entsprechende Erklärungen – mehr oder weniger klaren Inhalts – abgegeben, mit dem Ziel einer Duldung zumindest bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens. In vielen Fällen entsprach die Formulierung indes nicht den hohen Anforderungen an eine aktive Duldung und als Folge wurde eine den Spielhallenbetreibern günstige Auslegung als aktive Duldung vielfach abgelehnt.³⁶ Ohne aktive Duldung oder auch nur vorsorglich musste ein betroffener Betreiber einen gerichtlichen Eilantrag auf vorläufige Duldung des Weiterbetriebs stellen, um statt der behördlichen jedenfalls eine gerichtliche Duldung zu erhalten. Maßgeblich für die Bestimmung etwaiger erlaubnisfreier Zeiten war in behördlichen wie gerichtlichen Verfahren der Zeitpunkt der Antragstellung. Diese musste rechtzeitig vor Ablauf der Erlaubnis oder einer bereits erteilten behördlichen Duldung erfolgen.³⁷

Ein Sonderproblem ergab sich in diesem Zusammenhang, wenn eine Spielhalle von einer GmbH&Co.KG betrieben wurde, auf die auch die Erlaubnis nach § 33 i GewO – insoweit rechtswidrig – ausgestellt war. Wurde eine Folgeerlaubnis nach dem LGlüG ebenfalls für die GmbH&Co.KG beantragt, konnte diese der GmbH&Co.KG mangels *Gewerbefähigkeit* nicht erteilt werden.³⁸ Wenn als Folge ein Erlaubnis- bzw. Duldungsantrag für die Komplementärs-GmbH erst nachträglich erteilt wurde, ergaben sich daraus nahezu zwingend erlaubnisfreie Zeiten. Die Rechtsprechung hat diese Lücke geschlossen und keinen Betreiberwechsel angenommen, sofern die zuständige Behörde durch rechtswidrige Erteilung der Erlaubnis an die GmbH&Co.KG

über Jahre hinweg einen schützenswerten Vertrauenstatbestand geschaffen hat, was regelmäßig der Fall war.

Als Folge der „Zäsur-Rechtsprechung“ mussten Betreiber von Bestandsspielhallen für den Fall einer Ablehnung ihres Erlaubnis-antrags peinlichst darauf achten, rechtzeitig einen Antrag auf Erteilung einer aktiven Duldung bzw. einen entsprechenden gerichtlichen Eilantrag zu stellen, da auch nur geringfügige Zeiträume³⁹ ohne Erlaubnis und Duldung dazu führen konnten, dass eine Spielhalle, insbesondere aufgrund der Anwendung von § 42 Abs. 3 LGlüG, nicht mehr genehmigungsfähig und auch im Rahmen einer Auswahlentscheidung nicht mehr berücksichtigungsfähig war. Der VerfGH BW hat schließlich in seiner Entscheidung vom 02.03.2023 diese Rechtsprechung als verfassungsrechtlich nicht haltbar erachtet. Denn sie sei „mit dem Recht auf einen chancengleichen Zugang zu einer begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit aus Art. 2 Abs. 1 LV i. V. m. Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, weil sie Spielhallenbetreibern ohne hinreichenden Grund den gesetzlich eingeräumten Vertrauensschutz gegenüber dem Abstandsgebot zu Kinder- und Jugendeinrichtungen aus § 42 Abs. 3 LGlüG versagt und sie dadurch von vornherein von der Teilnahme an dem im Hinblick auf § 42 Abs. 1 LGlüG durchzuführenden Auswahlverfahren ausschließt.“⁴⁰

Dies änderte jedoch nichts daran, dass erlaubnisfreie Zeiten, in denen eine Spielhalle ohne Erlaubnis oder Duldung betrieben wird, strafrechtlich oder als Ordnungswidrigkeit sanktioniert werden können. Der Betrieb ohne die erforderliche Erlaubnis ist zudem im Rahmen der Auswahlentscheidung berücksichtigungsfähig.⁴¹

4. Ausblick

Die Sonderregelungen für Bestandsspielhallen spielen sowohl in den noch laufenden Verfahren als auch im Rahmen von Neugenehmigungen eine allenfalls noch untergeordnete Rolle. Nach dem Auslaufen der Härtefallregelung sowie den verfassungsgerichtlichen Entscheidungen zur Prüfungsreihenfolge und zur Zäsurrechtsprechung sind bestehende Spielhallen in laufenden wie künftigen Verfahren Neuspielhallen gleichgestellt. Die vormaligen Härtefallgründe können zwar im Rahmen einer Auswahl berücksichtigt werden, spielen aber selbst in den noch anhängigen Altverfahren kaum eine relevante bzw. entscheidungserhebliche Rolle. Allein die Privilegierung für Altspielhallen mit Blick auf das Abstandsgebot zu Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen bleibt bestehen⁴² und entfällt lediglich im Falle eines Betreiberwechsels.

IV. Auswahlentscheidung

Nachdem in der Anfangszeit der Umsetzung des LGlüG insbesondere die Voraussetzungen einer Härtefallbefreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG a. F. im Fokus der Diskussion und auch

32 VGH BW, Urt. v. 03.05.2017, ZfWG 2017, 416; Beschl. v. 26.11.2019, VBIBW 2020, 508.

33 VG Freiburg, Urt. v. 29.11.2017 – 1 K 2506/15 – juris.

34 VGH BW, Beschl. v. 26.11.2019, VBIBW 2020, 508.

35 VGH BW, Urt. v. 09.12.2021, VBIBW 2020, 341; Beschl. v. 07.10.2021, ZfWG 2022, 70; Beschl. 21.07.2020, NVwZ-RR 2021, 348.

36 Zu den Anforderungen etwa VGH BW, Urt. v. 09.12.2021, VBIBW 2020, 341 m. w. N.

37 VGH BW, Beschl. v. 10.02.2022, ZfWG 2022, 271, wobei der Antrag unverzüglich zu stellen war und dem Betreiber eine allenfalls geringfügige Reaktionszeit zugebilligt wurde.

38 VGH BW, Beschl. v. 25.11.2021, ZfWG 2022, 85.

39 VGH BW, Beschl. v. 25.11.2021, ZfWG 2022, 85.

40 VerfGH BW, Urt. v. 02.03.2023, VBIBW 2023, 406.

41 So im Ergebnis wohl VerfGH BW, Urt. v. 02.03.2023, VBIBW 2023, 406.

42 Auch bei Auslaufen einer Härtefallerlaubnis und befristeter Neuerteilung, da die Privilegierung nicht an die Härtefallbefreiung gekoppelt ist, vgl. VGH BW, Beschl. v. 09.09.2021, VBIBW 2022, 251.

der Rechtsprechung standen, hat sich der Schwerpunkt mit fortschreitender Entwicklung in der Rechtsprechung hin zu den Voraussetzungen und Kriterien einer *Auswahlentscheidung* zwischen konkurrierenden Spielhallen verlagert. Maßgeblich hierfür waren einerseits die Umkehrung der Prüfungsreihenfolge infolge der Entscheidung des VerfGH BW vom 02.03.2023,⁴³ andererseits der Ablauf des zeitlichen Geltungsbereichs der Härtefallregelung zum 01.07.2021 noch vor Beendigung vieler laufender Verfahren.⁴⁴

1. Erforderlichkeit einer Auswahl

Bei der Erteilung einer Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG handelt es sich um eine gebundene Entscheidung.⁴⁵ Im LGLüG ist eine Auswahlentscheidung zwischen *konkurrierenden Anträgen* auf Erteilung einer Erlaubnis weder vorgesehen, noch enthält das Gesetz hierzu ausdrücklich geregelte Vorgaben. Gleichzeitig ist jedoch notwendigerweise eine Auswahl zu treffen, da nach der gesetzlichen Konstruktion alle bestehenden Spielhallen zum Ablauf eines Übergangszeitraums eine neue Erlaubnis benötigen, wobei aber aufgrund der dann anzuwendenden Abstandsvorgaben nicht alle Antragsteller zum Zuge kommen können.

Der StGH BW hat in seiner Entscheidung vom 17.06.2014 entsprechend festgestellt, dass „dann, wenn mehrere Spielhallenbetreiber um die Erteilung einer Erlaubnis nach § 41 LGLüG, gegebenenfalls in Verbindung mit einer Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG, miteinander konkurrieren, eine den grundrechtlich geschützten Interessen gerecht werdende Auswahlentscheidung“ erforderlich ist.⁴⁶ Gleichzeitig hat er insoweit einem durchaus naheliegenden Maßstab, nämlich der Erteilung einer Erlaubnis entsprechend dem zeitlichen Eingang der entsprechenden Anträge, eine Absage erteilt. Das sogenannte „Windhundprinzip“, wonach derjenige zum Zuge kommt, der zuerst einen entscheidungsreifen Antrag stellt, genügt danach nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben für eine Konkurrenzentscheidung. Sachgerechte Maßstäbe für eine Auswahlentscheidung sind dem LGLüG nach Auffassung des Gerichts allerdings durch Auslegung zu entnehmen. In § 51 Abs. 5 Satz 1 und 4 LGLüG a. F. seien für das Vorliegen einer unbilligen Härte Kriterien genannt, die auch für die Entscheidung über die Lösung einer Konkurrenz zwischen mehreren Spielhallenbetreibern maßgeblich sein könnten.⁴⁷

Nachdem der StGH BW die Regelungen des LGLüG mit Blick auf eine zu treffende Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Spielhallen als ausreichend bestätigt hatte, bestand für den Gesetzgeber kein Anlass für eine Nachsteuerung bzw. Korrektur. Eine Ergänzung des Gesetzes um verfahrensmäßige wie inhaltliche Vorgaben oder eine umfängliche gesetzliche Regelung des Auswahlverfahrens⁴⁸ wären zwar möglich gewesen, sind aber im Ergebnis unterblieben. Die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens sowie die Herausbildung und Konkretisierung der anzuwendenden Kriterien blieben damit weitestgehend der behördlichen Anwendungspraxis sowie daran anschließend der Rechtsprechung überlassen.

2. Dogmatische Einordnung und Struktur

In der Folgezeit wurden in der Rechtsprechung Rechtsnatur und Struktur der Auswahlentscheidung weiter konturiert. An die Rechtsnatur der Auswahlentscheidung hat sich die Rechtsprechung zunächst herangetastet. In einer frühen Entscheidung des VG Freiburg heißt es, auch wenn es sich bei der Erlaubniserteilung nach § 41 Abs. 1 LGLüG nicht um eine Ermessensentscheidung handele, so besäßen die zuständigen Behörden hinsichtlich einer notwendigen Auswahlentscheidung eine *Einschätzungsprärogative*, welche in ihren Grundzügen durchaus an den Maßstäben einer Ermessensentscheidung zu prüfen sei.⁴⁹ In späteren Entscheidungen heißt es dann aus-

drücklich, bei der Auswahlentscheidung handele es sich um eine *Ermessensentscheidung*, die nach Maßgabe des § 114 VwGO nur einer eingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliege.⁵⁰

In einem nächsten Schritt hat sich die Rechtsprechung den an der Auswahlentscheidung zu beteiligenden Spielhallen gewidmet bzw. geklärt, welche Spielhallen *nicht* in der Auswahl zu berücksichtigen sind. Dies betraf die nach dem LGLüG nunmehr nicht mehr zulässigen Verbundspielhallen, bei denen regelmäßig für alle bestehenden Spielhallen eine Erlaubnis und ggf. eine Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG a. F. beantragt wurde. Soweit eine Härtefallbefreiung nicht erteilt werden konnte bzw. nach der Änderung der Prüfungsreihenfolge aufgrund der Entscheidung des Staatsgerichtshofs von 2014 ohnehin zunächst eine Auswahl getroffen werden musste, waren die „überzähligen“ Spielhallen nicht genehmigungsfähig bzw. konnten allenfalls nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG befristet befreit werden. Daher ist bei Verbundspielhallen desselben Betreibers dieser verpflichtet, die Entscheidung, für welche Spielhalle eine Erlaubnis begehrt wird, selbst zu treffen.⁵¹ In der Folge wurden in laufenden Verfahren die Betreiber von Mehrfachspielhallen zu einer entsprechenden *Priorisierung* aufgefordert, die in aller Regel auch erfolgt ist. Denn ohne eine Priorisierung wäre der Antrag als Ganzes wegen Verstoßes gegen § 42 Abs. 2 LGLüG abzulehnen.⁵²

Neben der erforderlichen Priorisierung bei Mehrfachspielhallen wurden diejenigen Spielhallen von einer zu treffenden Auswahl ausgeschlossen, bei denen die allgemeinen Genehmigungsvoraussetzungen nicht vorlagen, die etwa allein schon wegen der Verletzung des Abstandsgebots nach § 42 Abs. 3 LGLüG *offensichtlich nicht erlaubnisfähig* waren. Nicht genehmigungsfähige Spielhallen können von vorneherein nicht an einem Auswahlverfahren zwischen sich aufgrund des Abstandsgebots gegenseitig ausschließenden Spielhallen teilnehmen.⁵³ Dies betrifft etwa auch Spielhallen, bei denen mangels Zuverlässigkeit des Betreibers eine Erlaubniserteilung ausgeschlossen ist (§ 41 Abs. 2 Nr. 1 LGLüG). In diesen Fällen werden die Spielhallen auf einer Vorstufe noch vor der Auswahlentscheidung ausgeschlossen.

In materieller Hinsicht hat die Rechtsprechung klargestellt, dass die in der Auswahl zu berücksichtigenden Ziele des LGLüG einen Vergleich konkurrierender Betreiber daraufhin erfordern, wer besser geeignet ist, die Ziele des LGLüG zu erreichen.⁵⁴ Im Vergleich hierzu kommt den Bestands- und Vertrauensschutzesichtspunkten im Ausgangspunkt ein geringeres Gewicht zu als dem Schutzzweck des LGLüG, so dass sich eine Auswahl allein aufgrund der Bestandsschutz- und Vertrauensschutzesinteressen in der Regel als sachwidrig darstellt.⁵⁵ Bestands- und Vertrauensschutzesichtspunkte stellen damit in der Regel lediglich ein Hilfskriterium neben den gesetzlichen Zielen dar und kommen dann zum Tragen, wenn die Ziele des LGLüG zu keiner relevanten Unterscheidung führen.

43 VerfGH BW, Urt. v. 02.03.2023, VBIBW 2023, 406.

44 VGH BW, Urt. v. 28.11.2022, ZfWG 2023, 76.

45 VGH BW, Urt. v. 09.09.2021, VBIBW 2022, 251.

46 StGH BW, Urt. v. 17.06.2014, VBIBW 2014, 427.

47 StGH BW, Urt. v. 17.06.2014, VBIBW 2014, 427.

48 So etwa in § 11 des Niedersächsischen Spielhallengesetzes (NSpielhG).

49 VG Freiburg, Urt. v. 29.11.2017 – 1 K 2506/15 – juris.

50 VG Stuttgart, Urt. v. 12.05.2020 – 18 K 10575/18 – juris; VG Karlsruhe, Beschl. v. 22.10.2021, ZfWG 2022, 316 (1. Leitsatz).

51 VG Freiburg, Urt. v. 29.11.2017 – 1 K 2506/15 – juris.

52 VG Freiburg, Urt. v. 29.11.2017 – 1 K 2506/15 – juris.

53 VGH BW, Beschl. v. 26.11.2019, VBIBW 2020, 508.

54 VG Stuttgart, Beschl. v. 22.10.2021, ZfWG 2022, 316; Urt. v. 12.05.2020 – 18 K 10575/18 – juris.

55 VerfGH BW, Urt. v. 02.03.2023, VBIBW 2023, 406.

Zusammenfassend ist zu Struktur und Durchführung der Auswahlentscheidung festzuhalten: (1) In einem ersten Schritt sind sämtliche Spielhallen zu erfassen, die aufgrund der Abstände untereinander in einer Auswahlentscheidung berücksichtigt werden können. (2) Im nächsten Schritt ist bei Mehrfachspielhallen an einem Standort der Betreiber zur Erklärung darüber aufzufordern, welche Spielhalle von ihm priorisiert wird und vorrangig genehmigt werden soll. Diese nimmt dann an der Auswahlentscheidung teil, die „überzähligen“ Spielhallen können im Rahmen der Auswahlentscheidung dagegen keine Erlaubnis erhalten.⁵⁶ Damit verbleibt für die Auswahl eine Spielhalle je Standort und Betreiber. (3) Nunmehr sind diejenigen Spielhallen auszuschneiden, bei denen anderweitige Genehmigungshindernisse bestehen.⁵⁷ (4) Schließlich ist eine Auswahl zwischen den verbleibenden Spielhallen zu treffen. Hierzu sind die maßgeblichen Kriterien zu ermitteln und im Rahmen einer Gesamtbetrachtung abzuwägen. Wesentliches Entscheidungskriterium ist die Eignung zur Erreichung der Ziele des LGlüG.

3. Kriterien und Gewichtung

Nachdem der Staatsgerichtshof festgestellt hatte, dass sich die Kriterien und Maßstäbe einer Auswahlentscheidung der gesetzlichen Regelung hinreichend bestimmt entnehmen lassen, sich das Gesetz aber zu konkreten Auswahlkriterien und deren Gewichtung ausschweigt und der Gesetzgeber auch keine entsprechende Korrektur vorgenommen hat, wurden die inhaltlichen Maßstäbe der Auswahlentscheidung von der Rechtsprechung dem Gesetz durch Auslegung entnommen. Eine erste Zusammenstellung der für die Auswahlentscheidung maßgeblichen Kriterien findet sich in der Entscheidung des VG Stuttgart vom 12.05.2020⁵⁸ sowie nachfolgend des VG Sigmaringen vom 20.10.2020.⁵⁹ Die dort aufgeführten Kriterien stellen seither – inhaltlich teils weiter ausdifferenziert – das Grundgerüst einer Auswahl zwischen konkurrierenden Spielhallen dar.

Die Auswahlkriterien lassen sich in zwei Gruppen einteilen: Einerseits diejenigen Kriterien, die das Bestandsinteresse der an der Auswahl beteiligten Spielhallenbetreiber widerspiegeln. Dies umfasst die Kriterien, die bereits im Rahmen der Härtefallregelung Anwendung fanden, sowie den räumlichen Verteilungsmaßstab von Spielhallen untereinander. Als Gegenpol hierzu sind in der Auswahl die Ziele des LGlüG zu berücksichtigen, die letztlich eine Verringerung der Anzahl an Spielhallen bezwecken. Als Kriterien zu nennen sind hier insbesondere Wahrnehmbarkeit und Umfeld der Spielhallen, Betriebsführung und Rechtstreue sowie der Abstand zu schutzwürdigen Einrichtungen.

Weitere Kriterien, die sich weder unter die Ziele des LGlüG fassen lassen noch der grundrechtlich geschützten Sphäre der Spielhallenbetreiber zuzuordnen sind, sind im Rahmen der Auswahl dagegen nicht zu berücksichtigen. Dies betrifft insbesondere ordnungsrechtliche Fragestellungen wie den Brandschutz oder die bauplanungsrechtliche Zulässigkeit einer Spielhalle bzw. entsprechende Planungsabsichten der betroffenen Kommune.⁶⁰ Solche Aspekte sind im dafür vorgesehenen Genehmigungsverfahren, insbesondere dem Baugenehmigungsverfahren, zu prüfen.

a) Härtefallkriterien

Nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG a. F. sind im Rahmen der Erteilung einer Befreiung zur Vermeidung unbilliger Härten der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis nach § 33 i. GewO sowie der Schutzzweck des LGlüG zu berücksichtigen. Gemäß § 51 Abs. 5 Satz 4 LGlüG a. F. sind Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unbilligen Härte 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. Ent-

sprechendes gilt, wenn Investitionen, die im Vertrauen auf den Bestand der nach Maßgabe des bisher geltenden Rechts erteilten Erlaubnis getätigt wurden, noch nicht abgeschlossen werden konnten. Die für das Vorliegen einer unbilligen Härte maßgeblichen Gesichtspunkte können ungeachtet des zeitlichen Geltungsbereichs der Regelung⁶¹ auch im Rahmen einer Auswahlentscheidung fruchtbar gemacht werden.⁶²

In der Praxis sind die Härtefallkriterien im Rahmen zu treffender Auswahlentscheidungen regelmäßig nicht entscheidend bzw. führen nicht zu einem relevanten Vorteil der betreffenden Spielhalle. Eine Berücksichtigung getätigter Investitionen setzt zum einen voraus, dass diese bereits vor dem gesetzlichen Stichtag getätigt wurden und damit schutzwürdig sind, gleichzeitig darf eine vollständige Abschreibung noch nicht erfolgt sein. Dies ist angesichts des seit dem Stichtag vergangenen Zeitraums aber regelmäßig der Fall. Entsprechendes gilt für die Berücksichtigung langfristiger Mietverhältnisse, zumal bei diesen bestehende Kündigungsmöglichkeiten berücksichtigt werden müssen und zudem wie auch im Rahmen der Härtefallregelung ein aktives Bemühen um vorzeitige Beendigung zu fordern sein dürfte. Anderweitige Nutzungsmöglichkeiten scheitern regelmäßig nicht an rechtlichen oder tatsächlichen Hindernissen. Schließlich stellt nach der gesetzlichen Regelung auch das Alter der Spielhalle einen relevanten Gesichtspunkt dar. Dies darf jedoch nicht dahingehend missverstanden werden, dass damit automatisch ein Vorteil der ältesten genehmigten Spielhalle anzunehmen wäre. Das Alter der Spielhalle ist vielmehr ebenfalls im Zusammenhang mit der Amortisierung von Investitionen zu sehen, sodass das Alter allein im Ergebnis keinen entscheidungsrelevanten Gesichtspunkt darstellen dürfte.

b) Räumlicher Verteilungsmaßstab

Als zweiter Gesichtspunkt, der das grundrechtlich geschützte Bestandsinteresse der Spielhallenbetreiber abbildet, ist der räumliche Verteilungsmaßstab zu nennen. Die Berücksichtigung grundrechtlicher Positionen der Spielhallenbetreiber gebietet es nach der Rechtsprechung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazitäten in dem relevanten Gebiet ermöglicht. Im Grundsatz wären dann Spielhallen so zu verteilen, dass möglichst viele zugelassen werden können.

Auch dieser Aspekt spielt in der Praxis keine allzu große Rolle. Er kann nur dann zur Anwendung kommen, wenn bei Einhaltung der Mindestabstände mehrere Verteilungsmöglichkeiten bestehen, bei denen eine unterschiedliche Anzahl von Spielhallen zugelassen würde. Soweit alle in der Auswahl zu berücksichtigenden Spielhallen sich jeweils wechselseitig ausschließen, kann das Kriterium nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen führen und bleibt damit ohne Relevanz. Hinzu kommt, dass ein Verteilmechanismus, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht, nicht losgelöst von der Vereinbarkeit mit den Zielen des LGlüG

56 Allenfalls eine Befreiung bei Vorliegen eines Härtefalls wäre denkbar gewesen, die Geltungsdauer der Härtefallregelung ist allerdings mittlerweile ausgelaufen.

57 Etwa die mangelnde Zuverlässigkeit des Betreibers oder der Abstand zu Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen bei neu zu genehmigenden Spielhallen.

58 VG Stuttgart, Urt. v. 12.05.2020 – 18 K 10575/18 – juris.

59 VG Sigmaringen, Urt. v. 20.10.2020 – 3 K 2934/20 – juris.

60 Zur Nichtberücksichtigung bauplanungsrechtlicher Aspekte vgl. VGH Hessen, Beschl. v. 27.09.2018, ZfWG 2018, 572.

61 Zur Unanwendbarkeit ab dem Inkrafttreten des GlüStV 2021 vgl. VGH BW, Urt. v. 28.11.2022, ZfWG 2023, 76.

62 StGH BW, Urt. v. 17.06.2014, VBIBW 2014, 427.

angewandt werden darf, diese dürfen im Ergebnis nicht als nachrangig eingestuft werden.⁶³

Im Ergebnis kommt der räumliche Verteilmechanismus dann entscheidungsrelevant zur Anwendung, wenn konkurrierende Spielhallen mit Blick auf die Zielsetzungen des LGlüG als gleich geeignet anzusehen sind und sich nicht allesamt wechselseitig ausschließen. In diesem praktisch kaum vorkommenden Fall wäre die zuständige Behörde gehalten, die räumliche Verteilung so zu wählen, dass möglichst viele der gleich geeigneten Spielhallen zum Zuge kommen können. Es dürfte dagegen ausgeschlossen sein, unter Verweis auf das Argument des Verteilmechanismus eine weniger geeignete Spielhalle zuzulassen und gleichzeitig die Erlaubnis für eine besser geeignete Spielhalle zu versagen.

c) Wahrnehmbarkeit und Umfeld

Die *Wahrnehmbarkeit* einer Spielhalle kann als Kriterium in einer Auswahlentscheidung berücksichtigt werden.⁶⁴ Eine gesteigerte Wahrnehmbarkeit von außen ist mit Blick auf die gesetzlichen Ziele des Jugend- und Spielerschutzes zulasten einer Spielhalle in die Auswahlentscheidung einzustellen, wohingegen eine geringere Wahrnehmbarkeit positiv zu verbuchen ist. Maßgeblich sind insoweit insbesondere die Gestaltung und Farbgebung der Fassade ebenso wie Hinweise auf oder Werbung für die Spielhalle, ungeachtet der gesetzlich bestehenden Beschränkungen nach § 44 Abs. 1 und 2 LGlüG.⁶⁵ Denn die erhöhte Wahrnehmbarkeit einer Spielhalle kann dazu führen, dass Passanten bzw. mögliche Spieler überhaupt erst auf die Spielhalle aufmerksam werden und einen – zuvor nicht vorhandenen – Spielentschluss fassen.⁶⁶ Berücksichtigung finden kann auch, ob sich eine Spielhalle im Erdgeschoss oder etwa in einem *Kellergeschoss* befindet. Denn dann weicht die Spielhalle vom Leitbild einer von außen einsehbaren Spielhalle ab, deren Kunden im Interesse des Spielerschutzes nicht heimlich und unbeobachtet ihrer Spieltätigkeit nachgehen können, was zulasten der Spielhalle in die Auswahlentscheidung eigestellt werden kann.⁶⁷ Entsprechendes dürfte konsequenterweise auch für Spielhallen in oberen Geschossen gelten. Allerdings dürfte dann bei Spielhallen in Erdgeschossen insoweit gegenläufig eine höhere Wahrnehmbarkeit gerade für Fußgänger anzunehmen sein, so dass sich in einer Auswahl vielfach keine relevanten Unterscheidungen aus der Lage innerhalb eines Gebäudes ergeben bzw. sich entsprechende Effekte ausgleichen.

Mit Blick auf das *Umfeld* einer Spielhalle kann – abgesehen von schutzwürdigen Einrichtungen in der Nähe einer Spielhalle, dazu nachfolgend e) – berücksichtigt werden, ob sich aus der Lage und dem Umfeld eine erhöhte Frequentierung im Bereich der Spielhalle und damit wiederum eine erhöhte Wahrnehmbarkeit ergibt. So kann eine zentrale Innenstadtlage als nachteilig angesehen werden etwa im Vergleich zur Lage in einem Gewerbegebiet oder in einem nur beschränkt anfahrbaren Bereich.⁶⁸ Nahegelegene *Verkehrseinrichtungen*, etwa Bahnhöfe oder Bushaltestellen, können grundsätzlich Berücksichtigung finden, wobei insoweit in der Rechtsprechung durchaus eine gewisse Zurückhaltung festzustellen ist, auch angesichts der Schwierigkeiten bei der Ermittlung und Bewertung des Sachverhalts. Bestehende *Schulwege* sind grundsätzlich ebenfalls berücksichtigungsfähig.⁶⁹

Schließlich sind auch *Wettvermittlungsstellen* im Umfeld eines Standorts unter dem Gesichtspunkt der „Griffnähe weiteren Glücksspiels“ berücksichtigungsfähig. Dabei dürfte aber zu beachten sein, dass das LGlüG anders als bei Spielhallen untereinander keinen Mindestabstand zwischen Spielhallen und Wettvermittlungsstellen vorsieht. Nach § 20 a Abs. 1 Nr. 7 LGlüG besteht lediglich ein Versagungsgrund für Wettvermittlungsstellen, die in einem Gebäude oder Gebäudekomplex betrieben werden, in dem sich eine Spielhalle befindet. Nach der gesetzgeberischen Wertung kommt dem Abstand zwischen Spielhallen

und Wettvermittlungsstellen damit kein besonderes Gewicht zu, aus dem sich zwingend ein Differenzierungsgrund für die Auswahl ergeben müsste.⁷⁰

d) Betriebsführung und Rechtstreue

Die *Rechtstreue* des Betreibers sowie die *zu erwartende künftige Betriebsführung* können im Rahmen einer Auswahlentscheidung ebenfalls als Auswahlgesichtspunkte herangezogen werden.⁷¹ Soweit in der Vergangenheit keine Verstöße eines Betreibers gegen glücksspielrechtliche Vorgaben erfolgt sind und insoweit auch keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass damit zukünftig zu rechnen wäre, wird sich in vielen Fällen kein relevantes Differenzierungskriterium ergeben.

Eine insoweit negative Prognose, die zulasten eines Betreibers bzw. einer Spielhalle in die Auswahlentscheidung einzustellen wäre, kann sich aus Verstößen gegen solche Vorschriften ergeben, die der Einhaltung der Ziele des LGlüG dienen und insbesondere in § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 LGlüG in Bezug genommen werden, etwa Jugendschutzanforderungen und Werbebeschränkungen.⁷² Es ist dabei nicht erforderlich, dass etwaige Verstöße so gewichtig sind, dass sie die Versagung bzw. die Rücknahme einer Erlaubnis rechtfertigen könnten. Vielmehr können auch unterhalb der Schwelle der gewerblichen Unzuverlässigkeit liegende Verstöße gegen Spielerschutzvorschriften im Auswahlverfahren zur Bestimmung der im Hinblick auf die Ziele des LGlüG besser geeigneten Spielhalle herangezogen werden.⁷³ Genügen die Gründe für eine Unzuverlässigkeit im Sinne der §§ 41 Abs. 2 Nr. 1 LGlüG, 33 c Abs. 2 Nr. 1, 33 d Abs. 3 GewO, scheidet die Spielhalle ohnehin wegen anderweitiger Unzulässigkeit aus dem Auswahlverfahren aus. Daneben kann auch berücksichtigt werden, ob ein Betreiber eine Bestandsspielhalle während laufender Genehmigungsverfahren ohne behördliche Erlaubnis oder Duldung eigenmächtig weiter betreiben hat.⁷⁴ Die Entscheidung des StGH BW zur Zäsur-Rechtsprechung steht dem nicht entgegen.

Mit umgekehrter Zielrichtung wird vielfach versucht, eine mit Blick auf die Zielsetzungen des LGlüG als positiv zu wertende Betriebsführung zugunsten einer Spielhalle in die Abwägung einzustellen. Dies ist grundsätzlich zulässig und insoweit als Vorteil der betreffenden Spielhalle zu werten. Nicht ausreichend dürfte es allerdings sein, dass lediglich die gesetzlich ohnehin bestehenden Verpflichtungen erfüllt werden, es muss also eine „Übererfüllung“ in dem Sinne vorliegen, dass die Umstände des Spielhallenbetriebs den mit dem LGlüG verfolgten Zwecken effektiver dienen, als dies schon durch die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften erfolgt. Die hierzu regelmäßig vorgelegten Unterlagen aus Zertifizierungsverfahren sind allerdings vielfach wenig aussagekräftig, sodass dieses Kriterium eher selten zu einer entscheidungserheblichen Differenzierung führt.

Entsprechendes gilt für eine freiwillige *Zugangsbeschränkung auf 21 Jahre*. Diese kann – ebenso wie sonstige Maßnahmen eines Betreibers im Sinne des Jugend- und Spielerschutzes – als Auswahlkriterium herangezogen werden. Eine weitergehende Erhö-

63 VG Stuttgart, Beschl. v. 22.10.2021, ZfWG 2022, 316.

64 VGH BW, Beschl. v. 27.02.2023, VBIBW 2023, 474.

65 VGH BW, Beschl. v. 27.02.2023, VBIBW 2023, 474.

66 VGH BW, Beschl. v. 22.11.2023, VBIBW 2024, 116.

67 VG Karlsruhe, Beschl. v. 25.03.2022, ZfWG 2023, 100; eine entsprechende Bewertung könnte sich auch für das Beleben von Fenstern ergeben.

68 VGH BW, Beschl. v. 29.06.2023, ZfWG 2023, 425.

69 VGH BW, Beschl. v. 29.06.2023, ZfWG 2023, 425.

70 VG Stuttgart, Beschl. v. 26.10.2023 – 5 K 6555/22 – S. 34.

71 VGH BW, Beschl. v. 25.11.2021, ZfWG 2022, 85; VG Stuttgart, Urte. v. 12.05.2020 – 18 K 10575/18; VG Sigmaringen, Urte. v. 20.10.2020 – 3 K 2934/20, jeweils juris.

72 VGH BW, Beschl. v. 25.11.2021, ZfWG 2022, 85.

73 VGH BW, Beschl. v. 29.06.2023, ZfWG 2023, 425.

74 So wohl VerfGH BW, Urte. v. 02.03.2023, VBIBW 2023, 406.

hung auf etwa 25 Jahre soll sich dagegen mangels erhöhter Schutzwürdigkeit in der Altersgruppe von 21 bis 25 Jahren nicht mehr als Auswahlkriterium eignen.⁷⁵ Soll das erhöhte Zutrittsalter als Kriterium herangezogen werden, ist allerdings zu beachten, dass sich dieses Kriterium nach der Rechtsprechung nicht unmittelbar aus den gesetzlichen Grundlagen ergibt und daher im Vorfeld der Auswahl offengelegt werden muss.⁷⁶ Die Bedeutung dieses Kriteriums wird jedoch in aller Regel dadurch relativiert, dass im Laufe eines Auswahlverfahrens regelmäßig alle beteiligten Spielhallen eine entsprechende Zutrittsbeschränkung vorsehen, sodass insoweit kein relevanter Unterschied (mehr) festzustellen ist.

e) Schutzwürdige Einrichtungen

In einer Vielzahl von Fällen werden als entscheidendes Kriterium die im Umfeld der Spielhallen vorhandenen *schutzwürdigen Einrichtungen* herangezogen. Dabei handelt sich insbesondere um Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen gemäß § 42 Abs. 3 LGlüG (s. dazu unten V.). Einer Berücksichtigung steht weder entgegen, dass es sich dabei in Bezug auf neue Spielhallen um ein Ausschlusskriterium handelt, noch dass die Abstandsregelung für Altspielhallen nicht zur Anwendung kommt, § 51 Abs. 3 LGlüG.⁷⁷ Die Auswahlentscheidung ist allerdings nicht auf die Berücksichtigung von Einrichtungen nach § 42 Abs. 3 LGlüG beschränkt. Als relevante Einrichtungen kommen auch andere Einrichtungen mit vergleichbarer Schutzwürdigkeit in Betracht, etwa Einrichtungen für Suchtkranke bzw. entsprechende Beratungsstellen. Als äußere Grenze für die Berücksichtigung von Kinder- und Jugendeinrichtungen im Rahmen der Auswahl zieht die Rechtsprechung den Mindestabstand von 500 m heran, weiter entfernt liegende Einrichtungen sind damit nicht mehr berücksichtigungsfähig.⁷⁸

Für die Berücksichtigung als Auswahlkriterium ist zunächst zu ermitteln, welche *Anzahl* an Einrichtungen sich im relevanten Umkreis befinden und wie groß die jeweiligen *Abstände* der Spielhalle zu diesen Einrichtungen sind. Es handelt sich dabei jedoch nicht um eine schematische oder rein rechnerische Betrachtung. Zum einen können auch mehrere Einrichtungen knapp an der Grenze des relevanten Umkreises durchaus als weniger gewichtig angesehen werden als eine Einrichtung in der unmittelbaren Nachbarschaft. Zum anderen können auch ergänzende Kriterien wie etwa die Anzahl der Nutzer und die Altersgruppen herangezogen werden. Letztlich muss auf der Grundlage eines vollständig ermittelten Sachverhalts eine nachvollziehbare Gesamtbetrachtung erfolgen. Eine differenzierte Betrachtung ist insbesondere dann geboten, wenn nicht bereits die Anzahl an Einrichtungen im Umkreis und deren Abstände zu einem hinreichend deutlichen Bild führen.

4. Losentscheid

Neben einem Auswahlverfahren nach Maßgabe der vorstehend dargestellten Kriterien ist auch ein *Losentscheid* zwischen konkurrierenden Spielhallen grundsätzlich möglich und rechtlich zulässig. Ein Losentscheid ist – ebenso wie eine Auswahlentscheidung – im LGlüG zwar nicht ausdrücklich vorgesehen. Dem Gesetz sind aber die Maßstäbe einer zu treffenden Auswahlentscheidung durch Auslegung zu entnehmen, so dass insoweit eine hinreichende gesetzliche Grundlage besteht.⁷⁹ Die Rechtsgrundlage umfasst auch einen etwaigen Losentscheid.⁸⁰ Dabei stellt der Losentscheid aber keine gleichwertige Alternative zu einer Auswahlentscheidung anhand sachgerechter Kriterien dar. Es besteht insoweit auch keine Wahlfreiheit der zuständigen Erlaubnisbehörde. Ein Losentscheid ist vielmehr nur dann zulässig, wenn zwischen konkurrierenden Anträgen keine Auswahl nach sachbezogenen Kriterien mehr erfolgen kann, weil die Voraussetzungen in gleicher Weise erfüllt werden und die Anträge insoweit gleichwertig sind.⁸¹

In der Praxis dürfte ein Losentscheid bei Spielhallen an verschiedenen Standorten schon aufgrund der unterschiedlichen örtlichen Rahmenbedingungen kaum zu begründen sein. Denkbar sind derartige Fälle allenfalls bei Spielhallen unterschiedlicher Be-

treiber am selben Standort, bei denen neben dem identischen Umfeld auch hinsichtlich der Rechtstreue und der Betriebsführung keine Unterschiede festzustellen und zudem auch die Bestandsinteressen der Betreiber gleich zu bewerten sind. Soweit ein solcher Fall – was bislang soweit ersichtlich nicht erfolgt ist – je eintreten sollte, enthält das LGlüG keine verfahrensrechtlichen Vorgaben für die Durchführung des Losentscheids. Hierzu kann möglicherweise ergänzend auf die Regelungen in anderen Landesgesetzen zurückgegriffen werden.

5. Ausblick

Eine Auswahlentscheidung ist insbesondere im Rahmen der noch laufenden Bestandsverfahren zu treffen, die trotz des bereits weit zurückliegenden Endes des Übergangszeitraums am 30.06.2017 in einer großen Zahl von Fällen noch nicht abgeschlossen sind. Daneben wurden in einigen Fällen – gerade in der Anfangszeit der Anwendung der Regelung des LGlüG – vielen bzw. allen konkurrierenden Spielhallen eine Härtefallerlaubnis erteilt, sodass der Bestand an Mehrfachspielhallen bzw. sich nach Maßgabe des Mindestabstands ausschließenden Spielhallen erhalten werden konnte. Die Geltungsdauer derartiger Erlaubnisse wurde unterschiedlich bemessen und reicht bis zu einer vollständigen Ausschöpfung der gesetzlich vorgesehenen maximalen Geltungsdauer von 15 Jahren (§ 41 Abs. 1 Satz 3 LGlüG). Als Folge war zunächst keine Auswahlentscheidung zu treffen. Eine Auswahlentscheidung wird jedoch unausweichlich sein, wenn die entsprechenden Erlaubnisse auslaufen, da dann eine Auflösung des Konkurrenzverhältnisses über die Erteilung von Befreiungen nicht mehr möglich sein wird.

Schließlich kann eine Auswahlentscheidung auch bei Bestandsverfahren ohne aktuelle Konkurrenz dann entstehen, wenn deren Erlaubnis ausläuft und ein Konkurrenzbetreiber einen Erlaubnisantrag innerhalb des Mindestabstands stellt. In diesen Fällen dürften im Rahmen der Auswahlentscheidung die Bestandsinteressen kaum noch eine Rolle spielen, die Härtefallgründe werden voraussichtlich schon aufgrund des Zeitablaufs nicht mehr relevant werden bzw. eine Schutzwürdigkeit getätigter Investitionen oder eingegangener Schuldverhältnisse wird sich angesichts der gesetzlich zwingenden Befristung der Erlaubnis kaum begründen lassen. Dies dürfte dazu führen, dass im Wesentlichen, wenn nicht sogar ausschließlich, die Ziele des LGlüG für die entsprechende Auswahlentscheidung maßgeblich sind. Als Folge wird sich der Betreiber einer Bestandsspielhalle in einer solchen Konstellation nicht darauf verlassen können, eine Folgeerlaubnis zu erhalten.

V. Kinder- und Jugendeinrichtungen

Der Mindestabstand zu Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen gemäß § 42 Abs. 3 LGlüG ist zum einen vielfach entscheidender Gesichtspunkt im Rahmen der Auswahlentscheidungen, zum anderen aufgrund der räumlichen Verteilung im Gemeindegebiet maßgeblicher begrenzender Faktor für die Neuzulassung von Spielhallen über den vorhandenen Be-

75 VGH BW, Beschl. v. 27.02.2023, VBIBW 2023, 474 m. w. N.

76 VGH BW, Beschl. v. 27.02.2023, VBIBW 2023, 474 m. w. N.

77 VGH BW, Beschl. v. 09.09.2021, VBIBW 2022, 251; Beschl. v. 25.11.2021, ZfWG 2022, 85 m. w. N.

78 VG Stuttgart, Urt. v. 12.05.2020 – 18 K 10575/18 – juris.

79 StGH BW, Urt. v. 17.06.2014, VBIBW 2014, 427.

80 Anders etwa NdsOVG, Beschl. v. 04.09.2017, NVwZ 2017, 1552; dort wurde die vorgesehene Auswahl durch Losentscheid mangels Rechtsgrundlage für das Auswahlverfahren bzw. den Losentscheid als unzulässig erachtet, unter Verweis auf die abweichende Rechtslage u. a. in BW.

81 BVerwG, Urt. v. 16.12.2026, BVerwGE 157, 126.

stand hinaus.⁸² Der begrifflichen Definition kommt daher ebenso wie der Abgrenzung von solchen Einrichtungen, die kein Abstandsfordernis auslösen, erhebliche praktische Bedeutung zu.

1. Einrichtung

Nach § 42 Abs. 3 LGlüG muss eine Spielhalle zu einer bestehenden *Einrichtung* zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen einen Mindestabstand von 500 m Luftlinie, gemessen von Eingang zu Eingang, einhalten. Der unbestimmte Rechtsbegriff der Einrichtung wird im Gesetz nicht weiter definiert, ist aber jedenfalls weit zu fassen. Eine „Einrichtung“ wird üblicherweise, etwa im Bereich der öffentlichen Einrichtungen gemäß § 10 Abs. 2 Satz 1 GemO, sehr allgemein als eine Zusammenfassung von Personen und/oder Sachen verstanden, die von der Gemeinde den Einwohnern oder auch Auswärtigen zu einem bestimmten Zweck zur Verfügung gestellt wird.⁸³ Diese weite Definition der Einrichtung kann auf den Anwendungsbereich des LGlüG übertragen werden. Der glücksspielrechtliche Begriff der Einrichtung erfasst daher nicht nur Gebäude, sondern auch zur bestimmungsgemäßen Nutzung durch Jugendliche gewidmete sonstige Anlagen und hergerichtete Plätze jeder Art.⁸⁴ Es ist nicht erforderlich, dass es sich um eine öffentliche Einrichtung handelt. Private Einrichtungen werden von § 42 Abs. 3 LGlüG ebenfalls erfasst.⁸⁵ Ob es sich bei einer Einrichtung um eine solche i. S. d. § 42 Abs. 3 LGlüG handelt, ist jeweils abhängig von den *Nutzern* der Einrichtung. Nicht erfasst sind dagegen allein faktisch ohne entsprechende Zweckbestimmung genutzte Einrichtungen oder Plätze wie z. B. informelle Treffpunkte.

2. Kinder und Jugendliche

Wenig Schwierigkeiten bereitet die Definition und Abgrenzung der Nutzergruppen bei Einrichtungen nach § 42 Abs. 3 LGlüG. Hierzu kann auf die Regelungen des Jugendschutzgesetzes (JuSchG) zurückgegriffen werden. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 JuSchG sind *Kinder* Personen, die noch nicht 14 Jahre alt sind. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 JuSchG sind *Jugendliche* Personen, die 14 Jahre aber noch nicht 18 Jahre alt sind. Davon abzugrenzen sind Personen, die das 18. Lebensjahr vollendet haben und damit volljährig sind (§ 2 BGB). Ungleich schwieriger ist hingegen die Bestimmung der konkreten Anteile der unterschiedlichen Nutzergruppen, die nach der Rechtsprechung maßgeblich für die Einstufung der Einrichtung ist.

3. Bestimmungsgemäße Nutzung

Maßgeblich für die Einstufung einer Einrichtung ist deren *bestimmungsgemäße* Nutzung.⁸⁶ Bei öffentlichen Einrichtungen kann hierzu, etwa zum Alter zulässiger Nutzer bei Spielplätzen, auf die Widmung zurückgegriffen werden. Bei Schulen ergibt sich dies aus dem Alter der dort beschulten Schüler. Soweit eine öffentliche Einrichtung grundsätzlich allen Altersstufen einschließlich Erwachsenen offensteht, ist auf die tatsächlichen Nutzergruppen und -anteile abzustellen,⁸⁷ sodass in diesen Fällen nicht automatisch von einer durch die Allgemeinheit genutzten Einrichtung auszugehen ist. Bei privaten Einrichtungen ergibt sich die bestimmungsgemäße Nutzung letztlich aus dem Angebot der Einrichtung und den Adressaten der angebotenen Leistungen. Eine tatsächliche Nutzung entgegen der Zweckbestimmung der Einrichtung dürfte dagegen nicht zu berücksichtigen sein.

4. Abgrenzung nach Nutzergruppen

Nach § 42 Abs. 3 LGlüG muss eine Spielhalle zu Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern einen Mindestabstand von 500 m Luftlinie einhalten. Der Schutzzweck der Abstandsregelung in § 42 Abs. 3 LGlüG besteht allerdings allein darin, *Jugendliche* vor den Gefahren der Spielsucht zu schützen. Kinder sind dagegen aufgrund ihres Entwicklungsstands nicht in der Lage, diese Gefahren zu realisieren und daher insoweit nicht schutzbedürftig. Als Folge werden Einrichtungen, die *ausschließlich* zum Aufenthalt von Kin-

dern bestimmt sind, nicht von § 42 Abs. 3 LGlüG erfasst. Dies betrifft insbesondere Kindertagesstätten, Kinderkrippen oder Spielplätze, letztere jedenfalls soweit sie nicht gemäß der Widmung zur Nutzung auch durch Jugendliche bestimmt sind. Diese Einschränkung, die sich aus dem Wortlaut nicht unmittelbar erschließt und sich bereits in der Gesetzesbegründung⁸⁸ sowie den Anwendungshinweisen des Ministeriums findet, hat die Rechtsprechung aufgenommen und bestätigt.⁸⁹

In aller Regel findet jedoch eine gemischte Nutzung durch Kinder, Jugendliche und Erwachsene statt. Wenn auch der Schutzzweck der Regelung nur Jugendliche erfasst, so ist doch eine Mitnutzung durch nicht geschützte Personengruppen – Kinder und/oder Erwachsene – grundsätzlich unschädlich. Der Schutzzweck der Regelung spricht nach Auffassung des VG Karlsruhe vielmehr *„für ein Eingreifen des Abstandsgebots schon ab einer nach Personenanzahl und zeitlicher Frequentierung nicht gänzlich unerheblichen (bestimmungsgemäßen) Mitbenutzung einer Einrichtung durch Jugendliche.“*⁹⁰

Die Ausführungen des VG Karlsruhe hat der VGH Baden-Württemberg nachfolgend bestätigt und dabei ergänzend klargestellt, dass jedenfalls eine *schwerpunktmäßige Nutzung durch Kinder und Jugendliche* erforderlich ist, andernfalls liege eine von der Allgemeinheit genutzte Einrichtung vor. Innerhalb der Gruppe der Kinder und Jugendlichen ist dagegen keine überwiegende Nutzung durch Jugendliche erforderlich, eine nicht nur untergeordnete Nutzung ist ausreichend: *„Vielmehr genügt es, dass die Nutzung einer Einrichtung schwerpunktmäßig durch Kinder und Jugendliche erfolgt und sich die Nutzung durch Jugendliche dabei nicht als gänzlich untergeordnet erweist. Denn allein die Mitnutzung einer Einrichtung durch Kinder beseitigt das Schutzbedürfnis der Jugendlichen und den im Alltag eintretenden Gewöhnungseffekt nicht. Fehlt es hingegen an dem schwerpunktmäßigen Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen i. S. v. § 42 Abs. 3 LGlüG, sondern eine von der Allgemeinheit genutzte Einrichtung vor. Insoweit fehlt es – typisierend betrachtet – an einem spezifisch auf Kinder und Jugendliche zugeschnittenen Angebot, welches das Alltagsleben von Kindern und Jugendlichen in besonderer Weise prägt.“*⁹¹

Eine schwerpunktmäßige Nutzung durch Kinder und Jugendliche im Vergleich zur Nutzergruppe der Erwachsenen dürfte dann vorliegen, wenn der entsprechende Anteil 50 % übersteigt. Dabei ist jedoch noch nicht abschließend geklärt, ob als Maßstab die Personenzahl (z. B. Mitglieder, Nutzer) oder die zeitliche Frequentierung (z. B. Anzahl der Übungsstunden, zeitlicher Anteil am Gesamtangebot) heranzuziehen ist oder ob beide Aspekte gemeinsam zu betrachten sind (z. B. Anzahl x Stunden). Entsprechendes gilt für die Frage, ab wann von einer nicht gänzlich unerheblichen bzw. untergeordneten Nutzung durch Jugendliche auszugehen ist. Die Bestimmung der Erheblichkeitsschwelle dürfte dabei in Bezug auf die Einrichtung insgesamt vorzunehmen sein und nicht in Bezug

82 Die Regelung ist zeitlich unbeschränkt auf Altpielhallen anwendbar und greift nicht nur im Zusammenhang mit der Erteilung einer Härtefallbefreiung, vgl. VGH BW, Beschl. v. 09.09.2021, VBIBW 2022, 251; anders etwa noch VG Karlsruhe, Beschl. v. 30.07.2021, ZfWG 2022, 122 m. w. N.

83 Engel/Heilshorn, Kommunalrecht BW, 12. Aufl. 2021, § 21 Rn. 2 f.

84 VG Karlsruhe, Beschl. v. 25.03.2022, ZfWG 2023, 100 (Skateranlage – nur Leitsatz, vollständig abrufbar bei juris).

85 LT-Drs. 15/2431, Anlage zur Begründung, S. 57, die Frage wurde in der Rechtsprechung soweit ersichtlich bislang nicht thematisiert.

86 VG Karlsruhe, Beschl. v. 25.03.2022, ZfWG 2023, 100.

87 So etwa die Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg (LGlüG) für den Bereich der Spielhallen, Stand 11.12.2015, dort S. 12 zu Sportanlagen.

88 LT-Drs. 15/2431, S. 105 f.

89 VGH BW, Urf. v. 09.12.2021, VBIBW 2022, 341; Beschl. v. 09.09.2021, VBIBW 2022, 251; so bereits VG Stuttgart, Urf. v. 11.12.2012, ZfWG 2013, 142.

90 VG Karlsruhe, Beschl. v. 25.03.2022, ZfWG 2023, 100.

91 VGH BW, Beschl. v. 29.06.2023, ZfWG 2023, 425.

auf den Anteil der Kinder und Jugendlichen gemeinsam, ist damit also vom Anteil an Kindern und Jugendlichen – sofern diese den Schwerpunkt darstellen – unabhängig.

Ungeachtet der Konkretisierungen durch die Rechtsprechung bleibt der Begriff der Einrichtung zum Aufenthalt für Kinder und Jugendliche in der Praxis – von klar einzuordnenden Fällen wie etwa weiterführenden Schulen abgesehen – nicht einfach handhabbar. So wurden in der Rechtsprechung etwa *Skateranlagen*⁹² und *Musikschulen*⁹³ als Einrichtungen i. S. v. § 42 Abs. 3 LGLüG angesehen. *Tanzschulen* dürften ebenfalls grundsätzlich geeignet sein, die Kriterien einer Einrichtung zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen zu erfüllen.⁹⁴ Entsprechendes dürfte je nach Angebot etwa für (auch gewerblich betriebene) *Kampfsportschulen* oder ähnliche Einrichtungen gelten.

5. Ausblick

Der gesetzliche Mindestabstand zu Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen gemäß § 42 Abs. 3 LGLüG dürfte, neben Bestandsspielhallen und bauplanungsrechtlichen Vorgaben, die wesentliche Beschränkung für die künftige Zulassung neuer Spielhallen darstellen. In einer Vielzahl von Kommunen werden weite Teile des bebauten Gemeindegebiets – ungeachtet der Frage nach der städtebaulichen Verträglichkeit – durch entsprechende Einrichtungen und die sich daraus ergebenden Abstandsvorgaben gesperrt. Abweichungsmöglichkeiten sieht das Gesetz insoweit nicht vor. Die Nähe zu schutzwürdigen Einrichtungen wird auch in künftigen Auswahlverfahren als Kriterium herangezogen werden können, wenn sich auch die Anzahl der Auswahlverfahren im Vergleich zu den noch abzuarbeitenden Bestandsverfahren deutlich verringern dürfte.

Umgekehrt gilt die Abstandsregelung nicht unmittelbar für die Neuerrichtung schutzwürdiger Einrichtungen im Umfeld von Spielhallen. Sie könnte allenfalls bei nur ausnahmsweiser Zulässigkeit im Rahmen der zu treffenden Ermessensentscheidung sowie nach § 15 BauNVO als heranrückende schutzwürdige Nutzung eine Rolle spielen. Wird die Neuerrichtung einer Kinder- und Jugendeinrichtung nicht auf dieser Grundlage abgelehnt, hat sie damit einen entsprechenden Sperrbereich zur Folge, der jedenfalls nach Ablauf befristeter Erlaubnisse auch mangels schutzwürdigen Vertrauens einer Neuerteilung entgegensteht.

VI. Verfahrensfragen

Neben den vorstehend behandelten materiellen Fragestellungen wirft das LGLüG auch verfahrensrechtliche Fragen auf, die allerdings weniger den speziellen Regelungen des LGLüG geschuldet, sondern eher im Bereich des allgemeinen Verwaltungsverfahrensrechts anzusiedeln sind. Daneben ergeben sich eine ganze Reihe prozeduraler Fragestellungen, die allerdings – sofern nicht durch den Ablauf befristeter Erlaubnisse auch mangels schutzwürdigen Vertrauens einer Neuerteilung entgegensteht.

1. Hinzuziehung im Verwaltungsverfahren

In verfahrensmäßiger Hinsicht ist im Fall einer Konkurrenzsituation und mit Blick auf die zu treffende Auswahlentscheidung zu klären, ob und ggf. in welchem Umfang die Betreiber konkurrierender Spielhallen jeweils am Verwaltungsverfahren zu beteiligen sind.

Beteiligter des Verwaltungsverfahrens ist zunächst der Spielhallenbetreiber, der eine Genehmigung nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG beantragt (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 VwVfG). Weitere Personen können gemäß § 13 Abs. 2 LVwVfG von der Behörde zum Verfahren *hinzugezogen* werden, was ihre Beteiligtenstellung begründet (§ 13 Abs. 1 Nr. 4 LVwVfG). Die Hinzuziehung erfolgt grundsätzlich durch Verwaltungsakt, der mit Bekanntgabe an den Hinzuziehenden

wirksam wird,⁹⁵ ausnahmsweise ist auch eine konkludente Hinzuziehung durch faktische Beteiligung denkbar. Voraussetzung hierfür wäre allerdings ein nach außen erkennbares Verhalten der Behörde, mit dem diese eindeutig zu erkennen gibt, dass sie von einer Mitwirkung des Hinzugezogenen als Beteiligten ausgeht, mit allen sich daraus ergebenden Konsequenzen und Mitwirkungsrechten.⁹⁶

Bei der Hinzuziehung ist zwischen der einfachen Hinzuziehung nach § 13 Abs. 2 Satz 1 LVwVfG und der notwendigen Hinzuziehung nach § 13 Abs. 2 Satz 1 LVwVfG zu unterscheiden. Nach § 13 Abs. 2 Satz 1 LVwVfG können Personen zum Verfahren hinzugezogen werden, deren rechtlich geschützte Interessen durch das Verfahren berührt werden. 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.⁹⁷ Die unmittelbar rechtsgestaltende Wirkung durch den Ausgang des Verfahrens muss zumindest als möglich erscheinen; feststehen muss sie im Zeitpunkt der Hinzuziehung noch nicht.⁹⁸ Die Hinzuziehung ist verpflichtend, wenn ein entsprechender Antrag gestellt wird; sie kann aber auch von Amts wegen erfolgen.⁹⁹

Im Falle eines Drittwiderspruchs gegen die Erteilung einer *Härtefallerlaubnis* (§ 41 Abs. 1 i. V. m. § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG a. F.) ist die Rechtsprechung – soweit die Fragestellung überhaupt behandelt wurde – von einem bloßen *Rechtsreflex* und gerade nicht von einer unmittelbar rechtsgestaltenden Wirkung einer erteilten Härtefallbefreiung ausgegangen.¹⁰⁰ Dies ist insoweit konsequent, als der – mittlerweile nicht mehr anwendbaren – Befreiungsregelung auch keine drittschützende Wirkung beigemessen wurde.¹⁰¹ Aber auch für den Fall einer *Auswahlentscheidung* soll dies gelten. Die Erteilung einer Erlaubnis an einen konkurrierenden Spielhallenbetreiber löst zwar das Mindestabstandsgebot aus, dies stelle aber lediglich ein rechtliches Realisierungshindernis dar und habe deshalb keine unmittelbare rechtsgestaltende Wirkung. Deshalb sei auch im Falle einer Auswahlentscheidung von einem bloßen Rechtsreflex auszugehen.¹⁰² In der Praxis kommt der Frage einer (notwendigen) Hinzuziehung eher untergeordnete Bedeutung zu, da eine Anhörung aller Beteiligten im Auswahlverfahren regelmäßig erfolgt und den unterlegenen Betreibern unabhängig von der Hinzuziehung der Rechtsweg zur Überprüfung der Auswahlentscheidung offensteht.

2. Anhörung

Nach § 28 Abs. 1 VwVfG ist einem Beteiligten an einem Verwaltungsverfahren vor Erlass eines Verwaltungsakts, der in die Rechte des Beteiligten eingreift, Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern (Anhörung). Eine Anhörung ist damit erforderlich, sofern die Behörde im Falle einer Ablehnung des Erlaubnisanspruchs entweder bereits im Ablehnungsbescheid oder als gesonderte Entscheidung eine *Schließungsverfügung* nach § 15 Abs. 2 GewO erlässt, da die Spielhalle ohne die er-

92 VG Karlsruhe, Beschl. v. 25.03.2022, ZfWG 2023, 100.

93 VGH BW, Beschl. v. 22.11.2023, VBIBW 2024, 116.

94 VGH BW, Beschl. v. 29.06.2023, ZfWG 2023, 425 (offengelassen).

95 *Sennekamp*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 13 Rn. 31 ff. m. w. N.

96 VG Köln, Urt. v. 24.07.2019 – 24 K 16174/17 – juris m. w. N.

97 *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 10. Aufl. 2023, § 13 Rn. 40.

98 *Sennekamp*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 13 Rn. 29.

99 *Sennekamp*, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 13 Rn. 31 m. w. N.

100 VG Karlsruhe, Beschl. v. 17.01.2018 – 3 K 11163/17 – juris.

101 VGH BW, Beschl. v. 14.06.2018, ZfWG 2018, 424.

102 VG Bremen, Urt. v. 07.05.2020 – 5 K 2291/17 – juris; Urt. v. 03.12.2020, ZfWG 2021, 415 unter Verweis auf VG Karlsruhe, Beschl. v. 17.01.2018 – 3 K 11163/17 – juris; a. A. möglicherweise OVG Saarland, Beschl. v. 23.01.2020, ZfWG 2020, 159.

forderliche Erlaubnis betrieben wird.¹⁰³ Denn die Schließungsverfügung stellt einen eingreifenden Verwaltungsakt i. S. v. § 28 Abs. 1 VwVfG dar. Weniger eindeutig ist dies für das Verwaltungsverfahren, in dem die Erteilung einer Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 LGlüG begehrt wird. Wird der Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis abgelehnt, handelt es sich insoweit um ein Verpflichtungsbegehren. Bei der Ablehnung von Anträgen kommt nach der Rechtsprechung das Anhörungserfordernis nicht zur Anwendung.¹⁰⁴

Kein Anhörungserfordernis im engeren Sinne, wohl aber ein Gebot hinreichender *Transparenz*, ergibt sich aus vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Anforderungen. Danach muss ein System der Genehmigung von Glücksspielen, damit es dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem daraus folgenden Transparenzgebot genügt, auf objektiven, nichtdiskriminierenden und *im Voraus bekannten Kriterien* beruhen, damit der Ausübung des Ermessens durch die Behörden hinreichende Grenzen gesetzt werden.¹⁰⁵ Die Transparenzanforderungen sind jedoch nicht dahingehend zu verstehen, dass eine vorherige Bekanntmachung aller anzuwendenden Kriterien einschließlich deren abstrakter Gewichtung im Sinne einer Bewertungsmatrix erfolgen müsste.¹⁰⁶ Es ist vielmehr ausreichend, wenn die Auswahlkriterien den Zielen und Regulierungsvorgaben des Glücksspielstaatsvertrages, des Landesglücksspielgesetzes sowie den Anwendungshinweisen des zuständigen Ministeriums hinreichend deutlich zu entnehmen sind.¹⁰⁷ Umgekehrt erfordert das Transparenzgebot nur dann eine vorherige Bekanntmachung, wenn dies nicht der Fall ist, etwa bei der Berücksichtigung eines auf 21 Jahre erhöhten Zutrittsalters.¹⁰⁸ Das Transparenzgebot gebietet daher nur in Einzelfällen eine Vorabinformation der an einer Auswahl betroffener Betreiber, da sich jedenfalls in Baden-Württemberg die wesentlichen Auswahlkriterien dem Gesetz durch Auslegung entnehmen lassen. Sofern eine Anhörung erfolgt und die beabsichtigte Entscheidung einschließlich der Gründe für die getroffene Auswahl mitgeteilt werden, ist dem Transparenzgebot in aller Regel mehr als ausreichend Rechnung getragen.

Im Ergebnis hat es sich ungeachtet der fehlenden rechtlichen Verpflichtung in der Praxis bewährt, zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts ebenso wie mit Blick auf die Anforderungen des Transparenzgebots die an einer Auswahlentscheidung beteiligten Spielhallenbetreiber anzuhören und im Zuge der Anhörung die für die Auswahlentscheidung maßgeblichen Kriterien und deren Gewichtung im konkreten Fall mitzuteilen.

3. Sachbescheidungsinteresse

Für die Errichtung und den Betrieb einer Spielhalle sind regelmäßig sowohl eine *Baugenehmigung* gemäß § 58 Abs. 1 Satz 1 LBO als auch eine gewerberechtliche *Spielhallenerlaubnis* gemäß § 41 Abs. 1 LGlüG erforderlich. Entsprechendes gilt für die Nutzungsänderung bereits bestehender und anderweitig baurechtlich genehmigter Räumlichkeiten.

Baugenehmigung und Spielhallenerlaubnis sind grundsätzlich voneinander unabhängig. Die Vorgaben des LGlüG gehören insbesondere nicht zu den von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften, da über die Spielhallenerlaubnis von der zuständigen Behörde in einem selbständigen Verfahren durch Verwaltungsakt entschieden wird.¹⁰⁹ Entgegen der vielfach zu beobachtenden behördlichen Praxis ist es damit nicht erforderlich, dass zunächst eine Baugenehmigung beantragt und erteilt wird, um erst in einem zweiten Schritt die glücksspielrechtliche Erlaubnis nach § 41 LGlüG erteilen zu können. Es kann vielmehr angesichts der Restriktionen durch die gesetzlich normierten Abstandsangaben, die zudem anders als die bauplanungsrechtlichen Vorgaben nicht der planerischen Disposition der Standortkommune unterliegen, aus Sicht eines Spielhallenbetreibers durchaus sinnvoll sein, zunächst die Spielhallenerlaubnis zu beantragen, um nach deren Erteilung in einem zweiten Schritt die Baugenehmigung – ggf. nach Durchführung eines Planaufstellungs- oder -än-

derungsverfahrens – zu erlangen. Die Reihenfolge der Zulassungsverfahren ist damit nicht vorgegeben, beide Verfahren können auch parallel geführt werden.¹¹⁰

Eine rechtliche Grenze kann sich allerdings aus dem für beide Zulassungsentscheidungen jeweils erforderlichen *Sachbescheidungsinteresse* ergeben. Sind für die Umsetzung eines Vorhabens zwei selbstständige Zulassungsentscheidungen erforderlich, wie etwa Baugenehmigung und Spielhallenerlaubnis, so kann die Erteilung einer Genehmigung mangels Sachbescheidungsinteresse versagt werden, wenn eine weitere erforderliche Gestattung *bestandskräftig* abgelehnt ist.¹¹¹ Das Sachbescheidungsinteresse kann aber auch dann fehlen, wenn zwar noch keine bestandskräftige Ablehnung vorliegt, aber offensichtlich ist, dass die weitere erforderliche Zulassung unter keinen Umständen erteilt werden kann.¹¹² Ein vergleichbarer Rechtsgedanke findet sich in der Rechtsprechung zur Auswahlentscheidung, wenn dort Spielhallen nicht an der Auswahl beteiligt werden, für die aus anderen Gründen eine Erlaubniserteilung nicht in Betracht kommt.¹¹³

Damit besteht insbesondere für die zuständige Baurechtsbehörde die Möglichkeit, die Erteilung einer Baugenehmigung zu versagen, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung der zusätzlich erforderlichen Spielhallenerlaubnis nicht vorliegen, etwa weil der Mindestabstand zu einer weiteren bestehenden Spielhalle oder zu einer Einrichtung zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen gemäß § 42 Abs. 3 LGlüG nicht eingehalten ist.¹¹⁴ Allerdings fehlt das Sachbescheidungsinteresse¹¹⁵ nur dann, wenn die Erteilung der Baugenehmigung dem Antragsteller offensichtlich keinerlei rechtliche oder tatsächliche Vorteile bringen kann. Die Nutzlosigkeit muss dabei eindeutig sein, und im Zweifel ist das Sachbescheidungsinteresse zu bejahen. Vor diesem Hintergrund wurde etwa im Rahmen von Klageverfahren aus der Anfangszeit des LGlüG das Rechtsschutzinteresse eines Klägers an der Erteilung der Baugenehmigung bereits deshalb bejaht, weil über anhängige Verfassungsbeschwerden noch nicht entschieden worden und nicht von vornherein ausgeschlossen war, dass die erhobenen verfassungsrechtlichen Bedenken berechtigt waren.¹¹⁶ Angesichts der mittlerweile erfolgten verfassungsrechtlichen Klärung¹¹⁷ dürfte dieser Argumentation allerdings der Boden entzogen sein.

Unabhängig von verfassungsrechtlichen Fragestellungen führt jedoch auch eine bestehende Spielhalle innerhalb des Mindestabstands und das sich daraus ergebende rechtliche Hindernis für die Erteilung einer weiteren Erlaubnis innerhalb des 500-m-Radius nicht ohne weiteres dazu, dass eine Baugenehmigung mangels Sachbescheidungsinteresse nicht zu erteilen wäre. Teils wurde dies in der Rechtsprechung zwar angenommen,¹¹⁸ in anderen Fällen

103 VGH BW, Beschl. v. 13.07.2015, ZfWG 2015, 383.

104 Zurückhaltend VG Stuttgart, Beschl. v. 22.01.2024 – 15 K 1579/23 – S. 4; Engel/Pfau, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 28 Rn. 32 f. m. w. N. zur Rechtsprechung.

105 VGH BW, Urte. v. 10.02.2022, VBIBW 2022, 453 m. w. N.

106 VGH BW, Beschl. v. 22.11.2023, VBIBW 2024, 116; a. A. wohl noch VG Freiburg, Urte. v. 29.11.2017 – 1 K 2506/15 – juris, die Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur gewerberechtlichen Zulassung auf Märkten wurde soweit ersichtlich nachfolgend nicht mehr aufgegriffen.

107 VGH BW, Beschl. v. 27.02.2023, VBIBW 2023, 474.

108 VGH BW, Beschl. v. 27.02.2023, VBIBW 2023, 474.

109 Sauter, LBO für BW, Stand: Februar 2024, § 58 Rn. 57 und 60.

110 VGH BW, Urte. v. 04.03.1996, VBIBW 1996, 343; Sauter, LBO für BW, Stand: Februar 2024, § 58 Rn. 61 m. w. N.

111 VGH BW, Urte. v. 02.04.1992, NVwZ-RR 1993, 7.

112 VGH BW, Beschl. v. 12.09.2002, BWGZ 2003, 191; Sauter, LBO für BW, Stand: Februar 2024, § 58 Rn. 63.

113 S. dazu oben IV. Ziff. 2.

114 VG Stuttgart, Urte. v. 11.12.2012, ZfWG 2013, 142.

115 Entsprechendes gilt für das Rechtsschutzinteresse im Klageverfahren.

116 VGH BW, Urte. 09.10.2013, BauR 2014, 537 m. w. N.; VG Freiburg, Urte. v. 16.04.2013, ZfWG 2013, 303.

117 S. dazu oben II.1.

118 VG Stuttgart, Urte. v. 11.12.2012, ZfWG 2013, 142.

wurde aber das Bestehen eines Sachbescheidungsinteresses etwa damit begründet, dass innerhalb der Geltungsdauer eines Bauvorbescheids bzw. einer Baugenehmigung von drei Jahren die konkurrierende Spielhalle schließen könnte, womit dann neben der Baugenehmigung auch die erforderliche Spielhallenerlaubnis erteilt werden könnte.¹¹⁹ Entsprechendes dürfte dann grundsätzlich auch bei vorhandenen Einrichtungen nach § 42 Abs. 3 LGlüG angenommen werden können. Selbst noch fehlende landesrechtliche Ausführungsbestimmungen zum GlüStV 2021 wurden als ausreichend angesehen, aufgrund einer innerhalb der Geltungsdauer einer Baugenehmigung möglichen Rechtsänderung ein Sachbescheidungsinteresse zu begründen.¹²⁰

Im Falle einer Spielhalle, deren Zulassung aufgrund des Verbundverbots zu einer gesetzlich nicht mehr zulässigen Mehrfachspielhalle führen würde, scheint die Handhabung strenger auszufallen. Von einer entsprechenden Baugenehmigung könne aufgrund des Verbundverbots und mangels gesetzlicher Ausnahmenvorschriften kein Gebrauch gemacht werden, da es an der glücksspielrechtlichen Zulassungsfähigkeit fehle.¹²¹

Der umgekehrte Fall – die Versagung einer Spielhallenerlaubnis, weil eine Baugenehmigung nicht erteilt werden kann – ist zwar dogmatisch ebenfalls denkbar, dürfte aber schwer zu begründen sein. Denn hinsichtlich der maßgeblichen bauplanungsrechtlichen Vorgaben ist zu berücksichtigen, dass die Festsetzungen eines Bebauungsplans grundsätzlich von der Standortgemeinde geändert werden können, womit ein bestehendes baurechtliches Genehmigungshindernis ausgeräumt wäre. Im unbeplanten Bereich nach § 34 BauGB kann die Zulässigkeit von Spielhallen ebenfalls durch bauleitplanerische Maßnahmen begründet werden.

Im Ergebnis ist bei der Verneinung eines Sachbescheidungs- oder Rechtsschutzinteresses, insbesondere betreffend die Erteilung von Baugenehmigungen bei gleichzeitig fehlender glücksspielrechtlicher Zulassungsfähigkeit, eine gewisse Zurückhaltung festzustellen. Dies war in der Anfangsphase des LGlüG sicherlich auch der Vielzahl ungeklärter Rechtsfragen in Verbindung mit haftungsrechtlichen Bedenken geschuldet. Zudem dürfte angesichts der Forderung des BVerwG, das Zulassungshindernis dürfe sich

„schlechthin nicht ausräumen lassen“,¹²² ein durchaus strenger Maßstab anzulegen sein. In denjenigen Fällen, in denen eine Erlaubnis offenkundig nicht erteilt werden kann und auch keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich auf absehbare Zeit die tatsächlichen wie rechtlichen Rahmenbedingungen ändern könnten, ist eine Ablehnung entsprechender Zulassungsanträge rechtsfehlerfrei möglich. Einem Antragsteller bleibt es dabei unbenommen, entweder die behördliche Entscheidung gerichtlich überprüfen zu lassen oder unter geänderten Rahmenbedingungen einen neuen Antrag zu stellen.

VII. Fazit

Viele der in der Anfangszeit der Umsetzung des LGlüG aufgetretenen Rechtsfragen und rechtlichen Unsicherheiten dürften mittlerweile in der Rechtsprechung als weitgehend geklärt anzusehen sein. Dies betrifft insbesondere die verfassungsrechtlichen Fragestellungen sowie die grundlegende Struktur einer Auswahlentscheidung und die maßgeblichen Auswahlkriterien. Die Beurteilung im konkreten Anwendungsfall bleibt im Detail mit Unsicherheiten behaftet, was sich aber letztlich notwendigerweise aus der erforderlichen Gesamtbetrachtung anhand der konkreten Umstände des jeweiligen Falls ergibt. Wenn auch die Verfahren, die eine Auswahl zwischen Altspielhallen betreffen, die Gerichte noch eine ganze Weile beschäftigen werden, dürfte dieser Fragenkreis nach Abschluss dieser Verfahren deutlich an Bedeutung verlieren. Weiterhin relevant bleibt die Frage nach der Abgrenzung von Kinder- und Jugendeinrichtungen, wo neben der Anwendung im Einzelfall auch durchaus noch grundsätzliche Fragen zu klären sind.

119 VG Freiburg, Urt. v. 16.04.2013, ZfWG 2013, 303.

120 VG Stuttgart, Urt. v. 30.03.2021 – 2 K 5949/20 – juris.

121 BayVGH, Urt. v. 20.12.2012, BayVBl 2013, 275; so auch VG Gelsenkirchen, Urt. v. 17.01.2013, ZfWG 2013, 226.

122 BVerwG, Urt. v. 17.10.1989, BVerwGE 1984, 11; Urt. v. 24.10.1980, BVerwGE 1961, 128; Urt. v. 23.05.1975, BVerwGE 48, 242.