

1 VB 98/19
1 VB 156/21

Verkündet am 2. März 2023

Stuttgart, den 2. März 2023
Urkundsbeamtin der
Geschäftsstelle

- Pflughaupt -
Gerichtshauptsekretärin



VERFASSUNGSGERICHTSHOF FÜR DAS LAND BADEN-WÜRTTEMBERG

Im Namen des Volkes Urteil

In den Verfahren über die Verfassungsbeschwerden

1.

der XXX GmbH,

- Beschwerdeführerin -

verfahrensbevollmächtigt:
XXX

gegen

- a) den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 26. November 2019 - 6 S 205/19 - und
- b) den Beschluss des Verwaltungsgerichts Sigmaringen vom 18. Dezember 2018 - 9 K 5163/18 -

- 1 VB 98/19 -

und

2.

der XXX GmbH,

- Beschwerdeführerin -

verfahrensbevollmächtigt:
XXX

gegen

- a) den Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 7. Oktober 2021 - 6 S 2763/21 - und
- b) den Beschluss des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 23. August 2021 - 3 K 2380/21 -

- 1 VB 156/21 -

hat der Verfassungsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. November 2022

unter Mitwirkung der Richterinnen und Richter

Präsident Prof. Dr. Graßhof
Vizepräsident Dr. Mattes
Gneiting
Fridrich
Leßner
Prof. Dr. Seiler
Prof. Dr. Jäger
Reger
Prof. Dr. Abels

für Recht erkannt:

Die Verfahren werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

Der Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 26. November 2019 - 6 S 205/19 - verletzt die Beschwerdeführerin zu 1. in ihrem Recht aus Artikel 2 Absatz 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg in

Verbindung mit Artikel 12 Absatz 1 und Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland.

Der Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 7. Oktober 2021 - 6 S 2763/21 - verletzt die Beschwerdeführerin zu 2. in ihrem Recht aus Artikel 2 Absatz 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg in Verbindung mit Artikel 12 Absatz 1 und Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland.

Die Beschlüsse werden aufgehoben und die Sachen zur erneuten Entscheidung an den Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg zurückverwiesen.

Im Übrigen werden die Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen.

Das Land Baden-Württemberg hat den Beschwerdeführerinnen die notwendigen Auslagen zu erstatten.

G r ü n d e

Die Beschwerdeführerinnen erstrebten vor den Verwaltungsgerichten erfolglos einen vorläufigen Weiterbetrieb ihrer Spielhallen. Mit ihren Verfassungsbeschwerden wenden sie sich gegen die in den einstweiligen Rechtsschutzverfahren ergangenen Entscheidungen.

A.

I.

1. Die Regulierung von Spielhallen und Geldspielgeräten war in den vergangenen Jahren einem grundlegenden Wandel unterworfen. Ursprünglich war das Recht der Automatenaufstellung abschließend durch die Gewerbeordnung des Bundes geregelt (§§ 33c ff. GewO). Im Rahmen der Föderalismusreform I des Jahres 2006 wurde das Recht der Spielhallen der ausschließlichen Zuständigkeit der Länder unterstellt (BGBl. I S. 2034). Ein bereits 2008 in Kraft getretener und später vom Europäischen Gerichtshof beanstandeter (vgl. EuGH, Urteile vom 8.9.2010, Carmen Media, C-46/08,

Rn. 67 f., 71 und Markus Stoß u.a., C-316/07 u.a., Rn. 100, 106 f.) Glücksspielstaatsvertrag enthielt keine spezifischen Regelungen für Spielhallen. Die Bundesländer verhandelten in den Jahren 2010/2011 über vorzunehmende Änderungen. Sie unterzeichneten – zunächst mit Ausnahme von Schleswig-Holstein – am 15. Dezember 2011 den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag. Das Land Baden-Württemberg setzte dessen Inhalte mit dem Gesetz zu dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag und zu dem Staatsvertrag über die Gründung der GKL Gemeinsame Klassenlotterie der Länder um (GBl. S. 385). Die Regelungen des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags traten am 1. Juli 2012 in Kraft (vgl. GBl. S. 515). Erstmals vorgesehen war neben einem Verbot von Mehrfachspielhallen unter anderem ein Abstandsgebot zwischen Spielhallen; zur Vermeidung einer unbilligen Härte bestand die Möglichkeit einer Befreiung von diesen Vorgaben für einen angemessenen Zeitraum. In der Folge dieses Staatsvertrages erließ das Land ein Landesglücksspielgesetz, das zu wesentlichen Teilen am 29. November 2012 in Kraft trat (GBl. S. 604) und inzwischen mehrmals geändert wurde, zuletzt durch Gesetz vom 4. Februar 2021 (GBl. S. 174).

2. a) Die hier relevanten Vorschriften des Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrags lauten:

„Artikel 1
Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland
(Glücksspielstaatsvertrag - GlüStV)
vom 15.12.2011

...

Siebter Abschnitt
Spielhallen

...

§ 24
Erlaubnisse

(1) Unbeschadet sonstiger Genehmigungserfordernisse bedürfen die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle einer Erlaubnis nach diesem Staatsvertrag.

(2) Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle den Zielen des § 1 zuwiderlaufen. Sie ist schriftlich zu erteilen und zu befristen. Die Erlaubnis kann, auch nachträglich, mit Nebenbestimmungen versehen werden.

(3) Das Nähere regeln die Ausführungsbestimmungen der Länder.

§ 25

Beschränkungen von Spielhallen

(1) Zwischen Spielhallen ist ein Mindestabstand einzuhalten (Verbot von Mehrfachkonzessionen). Das Nähere regeln die Ausführungsbestimmungen der Länder.

(2) Die Erteilung einer Erlaubnis für eine Spielhalle, die in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen steht, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht ist, ist ausgeschlossen.

...

Neunter Abschnitt

Übergangs- und Schlussbestimmungen

§ 29

Beschränkungen von Spielhallen

...

(4) Die Regelungen des Siebten Abschnitts finden ab Inkrafttreten dieses Staatsvertrags Anwendung. Spielhallen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Staatsvertrags bestehen und für die bis zum 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis nach § 33i Gewerbeordnung erteilt worden ist, deren Geltungsdauer nicht innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten dieses Vertrages endet, gelten bis zum Ablauf von fünf Jahren nach Inkrafttreten dieses Vertrags als mit §§ 24 und 25 vereinbar. Spielhallen, für die nach dem 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis nach § 33i Gewerbeordnung erteilt worden ist, gelten bis zum Ablauf von einem Jahr nach Inkrafttreten dieses Staatsvertrags als mit §§ 24 und 25 vereinbar. Die für die Erteilung einer Erlaubnis nach § 24 zuständigen Behörden können nach Ablauf des in Satz 2 bestimmten Zeitraums eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen des § 24 Abs. 2 sowie § 25 für einen angemessenen Zeitraum zulassen, wenn dies zur Vermeidung unbilliger Härten

erforderlich ist; hierbei sind der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gemäß § 33i Gewerbeordnung sowie die Ziele des § 1 zu berücksichtigen. Das Nähere regeln die Ausführungsbestimmungen der Länder.

b) Die hier relevanten Vorschriften des Landesglücksspielgesetzes vom 20. November 2012 in der Fassung vom 1. Dezember 2015 lauten:

„Landesglücksspielgesetz
(LGlüG)
Vom 20. November 2012

...

Abschnitt 7:
Spielhallen

...

§ 41
Erlaubnis für Spielhallen

(1) Der Betrieb einer Spielhalle bedarf der Erlaubnis nach diesem Gesetz, die die Erlaubnis nach § 33i der Gewerbeordnung ersetzt und die Erlaubnis nach Artikel 1 § 24 Absatz 1 Erster GlüÄndStV mit umfasst. Sonstige Genehmigungserfordernisse nach anderen Rechtsvorschriften bleiben unberührt. Die Erlaubnis ist auf maximal 15 Jahre zu befristen.

(2) Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn die Voraussetzungen des § 2 Absatz 1 Satz 3 Nummern 2, 3, 5 oder 6 nicht vorliegen oder

1. die in § 33c Absatz 2 oder § 33d Absatz 3 der Gewerbeordnung genannten Versagungsgründe vorliegen,
2. die Voraussetzungen nach § 42 nicht erfüllt sind,
3. ein Sozialkonzept nach § 7 in Verbindung mit § 43 Absatz 2 nicht vorgelegt wird oder
4. der Betrieb der Spielhalle eine Gefährdung der Jugend, eine übermäßige Ausnutzung des Spieltriebs, schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundesimmissionsschutzgesetzes

oder sonst eine nicht zumutbare Belästigung der Allgemeinheit, der Nachbarn oder einer im öffentlichen Interesse bestehenden Einrichtung befürchten lässt.

...

§ 42

Anforderungen an die Errichtung von Spielhallen

(1) Spielhallen müssen einen Abstand von mindestens 500 m Luftlinie, gemessen von Eingangstür zu Eingangstür, untereinander haben.

(2) Die Erteilung einer Erlaubnis für eine Spielhalle, die in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen steht, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht ist, ist ausgeschlossen.

(3) Zu einer bestehenden Einrichtung zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen ist ein Mindestabstand von 500 m Luftlinie, gemessen von Eingangstür zu Eingangstür, einzuhalten.

...

Abschnitt 9: Schlussvorschriften

§ 51 Übergangsregelung

...

(3) § 33i der Gewerbeordnung ist für die Erteilung von Erlaubnissen für Unternehmen nach § 40 Satz 1 letztmals bis zum Inkrafttreten dieses Gesetzes anzuwenden. Im Übrigen finden die Gewerbeordnung und die Spielverordnung sowie die auf diesen Grundlagen erlassenen Bestimmungen in der jeweils geltenden Fassung weiterhin Anwendung.

(4) Für den Betrieb einer bestehenden Spielhalle, für die bis zum 18. November 2011 eine Erlaubnis nach § 33i der Gewerbeordnung beantragt und in der Folge erteilt wurde, ist nach dem 30. Juni 2017 zusätzlich eine Erlaubnis nach § 41 erforderlich. Wurde die Erlaubnis nach § 33i der Gewerbeordnung nach dem 18. November 2011 beantragt und in der Folge erteilt, ist eine Erlaubnis nach § 41 bereits nach dem 30. Juni 2013 erforderlich. Der Erlaubnisantrag ist im Falle von Satz 1 bis zum 29. Februar 2016, im Falle von Satz 2 bis zum

28. Februar 2013 zu stellen. Unabhängig davon tritt eine Erlaubnispflicht nach § 41 bei einem Wechsel der die Erlaubnis innehabenden Person ein.

(5) Zur Vermeidung unbilliger Härten kann die zuständige Erlaubnisbehörde in den Fällen des Absatzes 4 Satz 1 befristet für einen angemessenen Zeitraum auf Antrag von der Einhaltung der Anforderungen des § 42 Absätze 1 und 2 befreien; dabei sind der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis nach § 33i der Gewerbeordnung sowie der Schutzzweck dieses Gesetzes zu berücksichtigen. Der Mindestabstand zu einer anderen Spielhalle darf dabei 250 m Luftlinie, gemessen von Eingangstür zur Eingangstür, nicht unterschreiten. Dem Antrag sind sämtliche für die Entscheidung erforderlichen Unterlagen und Nachweise beizufügen. Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unbilligen Härte sind 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. § 42 Absatz 3 gilt nur für Spielhallen, für die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes eine Erlaubnis nach § 33i der Gewerbeordnung noch nicht erteilt worden ist.

...

3. Der Staatsgerichtshof Baden-Württemberg und das Bundesverfassungsgericht behandelten in den Jahren 2014 und 2017 bereits mehrere Aspekte des Spielhallenrechts. Das Bundesverfassungsgericht erachtete insbesondere das in anderen Bundesländern bestehende Abstandsgebot zwischen Spielhallen untereinander sowie den Mindestabstand von Spielhallen zu Kinder- und Jugendeinrichtungen für verfassungsgemäß und verneinte eine Verletzung der Berufsfreiheit, der Eigentumsgarantie und des Gleichheitssatzes (BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. -, BVerfGE 145, 20, Juris). Der Staatsgerichtshof befasste sich unter anderem mit dem Verbot von Verbundspielhallen nach § 42 Abs. 2 LGlüG und § 25 Abs. 2 GlüStV und hielt dieses für verfassungskonform. Er beanstandete die ursprünglich in § 51 Abs. 4 Satz 1 und 2 LGlüG sowie § 29 Abs. 4 Satz 2 und 3 GlüStV enthaltene Stichtagsregelung als nicht

in Einklang mit dem Grundsatz des Vertrauensschutzes stehend; daraufhin änderte der Landesgesetzgeber die Regelung mit Wirkung ab 5. Dezember 2015 ab.

II.

1. Die Beschwerdeführerin im Verfahren 1 VB 98/19 betrieb ursprünglich in der XXX in 72458 Albstadt die Spielhallen „XXX“ und „XXX“. Grundlage dessen waren unbefristete Spielhallenerlaubnisse der Stadt Albstadt nach § 33i GewO vom 16. April 2004 für die Spielhalle „XXX“ und vom 12. Februar 2008 für die Spielhalle „XXX“. Insgesamt betreibt die Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben etwa 40 Spielhallen in Deutschland. Am etwa 142 m Luftlinie entfernten Standort XXX befinden sich die von der XXX GmbH betriebenen Spielhallen „XXX“ und „XXX“, für die in den Jahren 2004 und 2005 Erlaubnisse nach § 33i GewO erteilt worden waren. In einem Abstand von etwa 291 m um die Spielhallen der Beschwerdeführerin liegt das Berufliche Schulzentrum Albstadt.

Die Beschwerdeführerin beantragte mit Schreiben vom 4. Februar 2016 die Erteilung von Erlaubnissen auf Grundlage von § 41 Abs. 1 LGlüG für den Betrieb ihrer Spielhallen sowie die Gewährung von Befreiungen von den Anforderungen des § 42 Abs. 1 und 2 LGlüG bis zum 30. Juni 2021 auf Grundlage von § 51 Abs. 5 LGlüG. Die Stadt Albstadt lehnte die Anträge mit zwei Bescheiden vom 1. Juni 2017 ab. Da beide Spielhallen in demselben Gebäude untergebracht seien, sei eine Erlaubnis nach § 42 Abs. 2 LGlüG ausgeschlossen. Auch der von § 42 Abs. 1 LGlüG geforderte Mindestabstand zu anderen Spielhallen werde nicht eingehalten. Eine Befreiung auf Grundlage von § 51 Abs. 5 LGlüG werde nicht erteilt, weil eine unbillige Härte nicht vorliege. Die Beschwerdeführerin erhob dagegen Widerspruch.

Mit zwei Bescheiden vom 1. Juni 2017 erteilte die Stadt Albstadt der Betreiberin der Spielhallen „XXX“ und „XXX“ bis zum 31. Dezember 2018 befristete Spielhallenerlaubnisse unter Anerkennung eines Härtefalls. Auch dagegen erhob die Beschwerdeführerin Widerspruch.

2. Mit einer den hier angegriffenen gerichtlichen Eilentscheidungen zugrundeliegenden Verfügung vom 10. September 2018 ordnete die Stadt Albstadt die

Einstellung des Betriebs der Spielhallen der Beschwerdeführerin unter Anordnung der sofortigen Vollziehung an.

Zur Begründung verwies die Stadt auf § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO und die seit 1. Juli 2017 erforderliche Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 Satz 1, § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG. Ungeachtet der formellen Illegalität der Betriebe seien die Spielhallen nicht genehmigungsfähig. Dem stehe der zwingende Versagungsgrund der § 41 Abs. 2 Nr. 2 und § 42 Abs. 3 LGLüG entgegen, da die Spielhallen sich in einem Abstand von weniger als 500 m Luftlinie von einer Schule befänden. Davon befreie das Gesetz nach § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG nur Spielhallen, für die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Landesglücksspielgesetzes eine Erlaubnis nach § 33i GewO bereits erteilt worden sei. Von einem solchen Ausnahmefall könne nur die Rede sein, wenn eine Bewerberin seit Inkrafttreten des Landesglücksspielgesetzes durchgehend über eine Erlaubnis nach neuem Recht verfüge. Dies sei hier nicht der Fall. Eine Erlaubniserteilung komme aufgrund einer Auswahlentscheidung allenfalls ab dem Zeitpunkt in Betracht, in dem die Härtefallbefreiung zugunsten der Spielhallen „XXX“ und „XXX“ ausliefe. Für die Zeit davor sei die Erlaubniserteilung nach neuem Recht mangels Härtefalls ausgeschlossen. Daher könne die Beschwerdeführerin keine Erlaubnis rückwirkend ab dem 1. Juli 2017 erlangen, so dass sie nicht über eine durchgehende Erlaubnis verfüge.

Den dagegen erhobenen Widerspruch wies das Regierungspräsidium Tübingen mit Bescheid vom 23. Januar 2020 zurück. Das daraufhin eingeleitete Klageverfahren vor dem Verwaltungsgericht Sigmaringen ruht im Hinblick auf die Verfassungsbeschwerde 1 VB 98/19.

3. Einen von der Beschwerdeführerin im Hinblick auf das Auslaufen der Härtefallerlaubnis zugunsten der Konkurrenzspielhallen gestellten Antrag auf Erteilung einer Spielhallenerlaubnis ab dem 1. Januar 2019 für die Spielhalle „XXX“ lehnte die Stadt Albstadt mit Bescheid vom 20. Dezember 2018 ab. Der Betreiberin der Spielhalle „XXX“ erteilte sie mit Bescheid vom 20. Dezember 2018 eine Spielhallenerlaubnis auf Grundlage von § 41 Abs. 1 LGLüG bis zum 31. Dezember 2033. Gegen beide Bescheide erhob die Beschwerdeführerin Widerspruch.

4. Das Verwaltungsgericht Sigmaringen lehnte mit dem hier angegriffenen Beschluss vom 18. Dezember 2018 einen Antrag der Beschwerdeführerin auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs gegen die – den Weiterbetrieb ihrer Spielhalle untersagende – Verfügung vom 10. September 2018 ab.

Die Untersagungsverfügung erweise sich voraussichtlich als rechtmäßig. Die Beschwerdeführerin betreibe seit dem 1. Juli 2017 ihre Spielhallen ohne erforderliche Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 LGLüG; ihr könne aus materiell-rechtlichen Gründen keine Erlaubnis erteilt werden, weil dem das Verbundverbot des § 42 Abs. 2 LGLüG entgegenstehe. Eine Befreiung aufgrund eines Härtefalls könne die Beschwerdeführerin nicht beanspruchen. Mangels eigenen Härtefalls stünden der Erlaubnis auch die Härtefallerlaubnisse der Spielhallen „XXX“ und „XXX“ entgegen, die im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung noch Gültigkeit hätten. Auf die Frage der Einhaltung des Abstandsgebots des § 42 Abs. 3 LGLüG komme es daher nicht an.

5. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg wies die auf die Spielhalle „XXX“ begrenzte Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen die Entscheidung des Verwaltungsgerichts mit dem hier angegriffenen Beschluss vom 26. November 2019 zurück.

Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO seien gegeben, weil die Beschwerdeführerin seit dem 1. Juli 2017 nicht mehr über die zum Betrieb ihrer Spielhalle „XXX“ erforderliche Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG verfüge. Gemessen an den Erkenntnismöglichkeiten des gerichtlichen Eilverfahrens dürfte sich der angefochtene Bescheid vom 10. September 2018 auch nicht als ermessensfehlerhaft erweisen. Insbesondere habe die Beschwerdeführerin voraussichtlich keinen Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zum Betrieb ihrer Spielhalle.

a) Der Erteilung einer Erlaubnis habe für die Zeit seit dem 1. Juli 2017 das Abstandsgebot des § 42 Abs. 1 LGLüG entgegengestanden. Den danach erforderlichen Abstand habe die Spielhalle „XXX“ zu den Spielhallen „XXX“ und „XXX“ nicht eingehalten, die aufgrund einer bis zum 31. Dezember 2018 befristeten Erlaubnis

wegen eines Härtefalls betrieben worden seien. Damit sei die Erlaubnis nach § 41 Abs. 2 Nr. 2 LGlüG zwingend zu versagen gewesen.

Etwas Anderes könne nur dann gelten, wenn der Beschwerdeführerin selbst die Härtefallbefreiung nach der Übergangsregelung des § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG zugutekomme und sie befristet vom Abstandsgebot des § 42 Abs. 1 LGlüG befreit werden könne. Dies sei jedoch nicht der Fall. Das Verwaltungsgericht habe im angegriffenen Beschluss im Einzelnen dargelegt, weshalb im Fall der Beschwerdeführerin nicht von einem Härtefall ausgegangen werden könne. Diesen überzeugenden Ausführungen sei die Beschwerde nicht substantiiert entgegengetreten.

Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die dem Konkurrenten erteilte Härtefallbefreiung wende, habe sie damit ebenfalls keinen Erfolg. Diese sei nicht im „Drittwidpruchsverfahren“ zu überprüfen. Es sei in der Rechtsprechung des Senats geklärt (Beschluss vom 16.04.2018 - 6 S 2250/17 -, Juris Rn. 8), dass dem unberücksichtigten Spielhallenbetreiber nach dem gesetzgeberischen Willen nur die Möglichkeit bleibe, selbst einen Antrag auf Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG zu stellen. Auch die von der Beschwerdeführerin gewünschte Auswahlentscheidung vor der Prüfung einer Härtefallbefreiung komme danach nicht in Betracht. Das Vorgehen der Stadt, bei einer Antragskonkurrenz zunächst das Vorliegen eines Härtefalls zu prüfen und diesen Spielhallen den Vorzug einzuräumen, sei nicht zu beanstanden. Hierbei werde berücksichtigt, dass die Spielhallenbetreiber, die sich auf die Härtefallregelung berufen könnten, solche seien, deren Vertrauen nach der in § 51 Abs. 4 Satz 1 LGlüG zum Ausdruck gekommenen Intention des Gesetzgebers besonders schutzwürdig sei. Die Möglichkeit der Befreiung vom Abstandsgebot des § 42 Abs. 1 LGlüG diene der Sicherung des Eingriffs in die Berufsfreiheit und die Eigentumsgarantie (StGH, Urteil vom 17.06.2014 - 1 VB 15/13 -, Juris Rn. 377). Die Interessen der Spielhallenbetreiber, die sich ihrerseits nicht auf einen derartigen Härtefall berufen könnten, hätten indessen vor dem Hintergrund des gesetzgeberischen Zwecks, eine möglichst geringe Spielhallendichte zu erreichen, zurückzustehen. Dieser würde konterkariert, wenn erst Spielhallen erlaubt würden und sodann in einem weiteren Schritt über Härtefallbefreiungen entschieden würde (vgl. auch Beschluss des Senats vom 17.06.2018 - 6 S 694/18 -, n.v.).

b) Ein Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zum Betrieb der Spielhalle nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGlüG bestehe auch nicht seit dem 1. Januar 2019, namentlich seit Ablauf der befristeten Erlaubnisse aufgrund Härtefalls zugunsten der Spielhallen „XXX“ und „XXX“. Im hierfür maßgeblichen entscheidungsrelevanten Zeitpunkt stehe der Erteilung jedenfalls der Versagungsgrund des § 41 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit § 42 Abs. 3 LGlüG entgegen.

§ 42 Abs. 3 LGlüG sehe vor, dass zu einer bestehenden Einrichtung zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen ein Mindestabstand von 500 m Luftlinie, gemessen von Eingangstür zu Eingangstür, einzuhalten sei. Dieser Vorgabe werde die Spielhalle nicht gerecht. Sie befinde sich in einer Entfernung von nur etwa 291 m zur XXX Schule in der XXX. Die Beschwerdeführerin könne auch nicht mit Erfolg geltend machen, das Abstandsgebot zu Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen könne ihr nach § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG nicht entgegengehalten werden.

Die Voraussetzungen des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG würden von der Spielhalle der Beschwerdeführerin nicht erfüllt. Zwar sei sie unstreitig vor Inkrafttreten des Landesglücksspielgesetzes Inhaberin einer mit Bescheid vom 16. April 2004 erteilten Erlaubnis nach § 33i GewO für den Betrieb der Spielhalle „XXX“ gewesen. Die Regelung des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG dürfte ihr gleichwohl nicht zugutekommen. Es handele sich nicht (mehr) um eine privilegierte Bestandsspielhalle. Dabei könne dahinstehen, ob § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG ohnehin nur – zeitlich beschränkt – bei der Erteilung von Erlaubnissen unter Befreiung von der Einhaltung der Anforderungen des § 42 Abs. 1 und 2 LGlüG nach Maßgabe des § 41 Abs. 1 Satz 1 LGlüG in Verbindung mit § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG ergänzend zur Anwendung komme oder losgelöst hiervon „Altspielhallen“ generell privilegieren solle.

Denn selbst bei Zugrundelegung eines „erweiterten“ Anwendungsbereichs der Regelung sei der Weiterbetrieb der Spielhalle „XXX“ seit dem 1. Juli 2017 nicht mehr von einer Erlaubnis gedeckt und werde jedenfalls seit dem 1. November 2017 behördlicherseits auch nicht mehr geduldet. Hieraus folge, dass § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG zugunsten der Beschwerdeführerin keine Wirkung mehr entfalte. Das Landesglücksspielgesetz privilegieren sogenannte Altspielhallen nicht um ihrer selbst

willen, sondern trage dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes Rechnung, sofern und soweit sich Inhaber von Spielhallenerlaubnissen nach § 33i GewO hierauf berechtigterweise berufen könnten. Dies manifestiere sich in der Übergangsregelung des § 51 Abs. 3 bis 6 LGLüG.

Begebe sich der Betreiber einer Spielhalle des ihm durch das Landesglücksspielgesetz vermittelten Vertrauensschutzes, entfielen auch die hiermit einhergehenden Privilegierungen. Daher gewähre der Gesetzgeber – dem entsprechenden gewerberechtlichen Grundsatz folgend – bei einem Betreiberwechsel keinen Vertrauensschutz, weil der Neubetreiber nie selbst im Besitz einer vertrauensbegründenden Erlaubnis nach § 33i GewO gewesen sei und die Erlaubnis des Vorbetreibers nicht übertragbar sei. Dies sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Demzufolge komme § 42 Abs. 3 LGLüG trotz der Regelung des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG „ungeschmälert zur Anwendung“, wenn „ein solcher Betrieb (...) den Inhaber wechselt und damit eine neue Erlaubnis erforderlich wird“ (vgl. LT-Drs. 15/2431 S. 113). Dies bedeute, dass der Gesetzgeber den Betreiberwechsel zur umfassenden Prüfung der Erlaubnisvoraussetzungen in den Blick genommen habe.

Eine solche 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 § 33i GewO erteilten Erlaubnis dar. Sei die Legalisierung des Spielhallenbetriebs mittels einer Erlaubnis unterbrochen und liege damit keine „nahtlose Fortschreibung“ der Erlaubnis nach § 33i GewO vor, bedürfe es für den Weiterbetrieb der zu Unrecht weiterbetriebebenen oder den Wiederbetrieb einer zwischenzeitlich eingestellten Spielhalle – wie im Falle des Betreiberwechsels – einer neuen Erlaubnis. Der von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG vermittelte Bestands- und Vertrauensschutz entfalle jedenfalls während erlaubnisfreier Zeiten. Für den Senat sei 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 solle, die einst eine Erlaubnis nach § 33i GewO innegehabt hätten. Vielmehr bedürfe es – wie beim Betreiberwechsel – einer neuen Erlaubnis, in deren Rahmen § 42 Abs. 3 LGLüG ungeschmälert zur Anwendung komme.

Aus alledem folge, dass die Spielhalle der Beschwerdeführerin schon allein wegen der Verletzung des Abstandsgebots nach § 42 Abs. 3 LGlüG offensichtlich nicht erlaubnisfähig sein dürfte. Sie wäre daher auch nicht in einem etwaigen Auswahlverfahren zwischen verschiedenen, sich aufgrund des Abstandsgebots des § 42 Abs. 1 LGlüG gegenseitig ausschließenden Spielhallen zu berücksichtigen.

III.

1. Die Beschwerdeführerin im Verfahren 1 VB 156/21 betrieb ursprünglich am Standort XXX in 74821 Mosbach drei Spielhallen auf Grundlage gewerberechtlicher Erlaubnisse nach § 33i GewO vom 5. August 2008. Inzwischen beabsichtigt sie nur noch die Weiterführung einer der Spielhallen („XXX“). Im Umkreis von 500 m Luftlinie um diese befinden sich ein Gymnasium sowie eine Spielhalle der XXX GmbH, für die ursprünglich eine bis zum 30. Juni 2021 befristete Erlaubnis erteilt worden war und die derzeit behördlich geduldet wird.

Auf einen Antrag vom 18. Februar 2016 erteilte die Große Kreisstadt Mosbach mit Bescheid vom 11. August 2017 für die drei Spielhallen der Beschwerdeführerin jeweils eine befristete Erlaubnis bis zum 30. Juni 2021. Gegen die Ablehnung der Erlaubnis- und Härtefallanträge darüber hinaus erhob die Beschwerdeführerin Widerspruch, der mit inzwischen bestandskräftigem Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums Karlsruhe vom 6. März 2019 zurückgewiesen wurde.

2. Unter dem 26. April 2021 beantragte die Beschwerdeführerin bei der Großen Kreisstadt Mosbach für ihre drei Spielhallen die Erteilung einer Erlaubnis gemäß § 41 LGlüG ab dem 1. Juli 2021 für mindestens 15 Jahre, hilfsweise die Erteilung einer unbefristeten Ausnahme von den Anforderungen des § 42 Abs. 1 und 2 LGlüG gemäß § 51 Abs. 5 LGlüG.

Mit Bescheid vom 1. Juli 2021 lehnte die Große Kreisstadt Mosbach diese Anträge ab.

Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, eine nochmalige Befreiung der Spielhallen vom Abstandsgebot nach § 42 Abs. 1 LGlüG komme nicht in Betracht. Die Geltungsdauer des Glücksspielstaatsvertrags 2012 zum 30. Juni 2021 sei als äußerste

zeitliche Grenze für Härtefallbefreiungen anzusehen und eine wiederholte Befreiung scheide aus Gründen des Bestandsschutzes aus. Mit dem Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags 2021, der eine Härtefallentscheidung nicht mehr vorsehe, werde eine Auswahlentscheidung bei Vorliegen mehrerer miteinander konkurrierender Anträge auf Erteilung von Erlaubnissen für Spielhallen am gleichen Standort unumgänglich. Unabhängig davon seien die Voraussetzungen für eine Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG nicht erfüllt. Eine unbillige Härte sei für die Spielhallen nicht erkennbar; denn jedenfalls sei nicht substantiell dargelegt worden, welche konkreten Schritte unternommen worden seien, um den Eintritt eines Härtefalls abzuwenden.

Hinsichtlich der regulären Erlaubnis lägen grundsätzlich alle Voraussetzungen nach § 41 Abs. 1 LGlüG vor. Jedoch könne wegen § 42 Abs. 1 LGlüG im dort genannten räumlichen Bereich nur einer Spielhalle eine Erlaubnis erteilt werden. Zwischen den Spielhallen der Beschwerdeführerin und der Spielhalle der Konkurrentin sei daher eine Auswahlentscheidung zu treffen gewesen. Aufgrund der zu berücksichtigenden Auswahlkriterien sei die Auswahl auf die Spielhalle der XXX GmbH gefallen. Die Spielhallen der Beschwerdeführerin hielten – im Gegensatz zur Konkurrenzspielhalle – den in § 42 Abs. 3 LGlüG vorgeschriebenen Mindestabstand von 500 m Luftlinie zu bestehenden Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen nicht ein. Im Übrigen hätten im Rahmen der Auswahlentscheidung keine relevanten Unterschiede zwischen den konkurrierenden Spielhallen festgestellt werden können.

Die Beschwerdeführerin erhob gegen diesen Bescheid sowie gegen die mit Bescheid vom 1. Juli 2021 erteilte Spielhallenerlaubnis zugunsten der XXX GmbH jeweils Widerspruch, über die noch nicht bestandskräftig entschieden ist.

3. Mit dem angegriffenen Beschluss vom 23. August 2021 lehnte das Verwaltungsgericht Karlsruhe einen Antrag der Beschwerdeführerin auf Erteilung einer einstweiligen Duldung des Weiterbetriebs der Spielhalle „XXX“ ab; den Betrieb der beiden anderen Spielhallen verfolgte die Beschwerdeführerin nicht weiter.

Der Beschwerdeführerin stehe kein für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO erforderlicher Anordnungsanspruch zur Seite. Die Beschwerdeführerin habe keinen sicherungsfähigen Anspruch auf Erteilung einer

Erlaubnis zum Betrieb ihrer Spielhalle nach Maßgabe des § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG oder auf Durchführung und Teilnahme an einem weiteren, den gesetzlichen Anforderungen genügenden Auswahlverfahren zwischen konkurrierenden Spielhallen. Denn einem aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG resultierenden Anspruch auf chancengleichen Zugang zu einer eng regulierten beruflichen Tätigkeit stehe bereits die offensichtlich fehlende Erlaubnisfähigkeit des Spielhallenbetriebs entgegen.

Die Erlaubnisfähigkeit des Spielhallenbetriebs für die Zeit ab dem 1. Juli 2021 sei anhand von § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG zu beurteilen. Dessen Voraussetzungen lägen nicht vor. Die Spielhalle der Beschwerdeführerin sei nicht erlaubnisfähig, weil die Voraussetzungen des § 42 Abs. 3 LGLüG nicht erfüllt seien (vgl. § 41 Abs. 2 Nr. 2 LGLüG). Die Spielhalle unterschreite unstreitig den Mindestabstand zu einer Kinder- und Jugendeinrichtung. Auf § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG könne sich die Beschwerdeführerin nicht berufen, weil ihr kein Vertrauensschutz mehr zukomme. Zwar sei sie vor Inkrafttreten des Landesglücksspielgesetzes Inhaberin einer im Jahr 2008 erteilten Erlaubnis nach § 33i GewO für den Betrieb der hier in Rede stehenden Spielhalle gewesen. Allerdings sei die gesetzliche Privilegierung dieser Spielhalle zwischenzeitlich entfallen. Denn deren Weiterbetrieb sei jedenfalls am 1. Juli 2021 nicht mehr von einer Erlaubnis gedeckt gewesen und behördlicherseits auch nicht geduldet worden. Der von der Beschwerdeführerin bei Gericht gestellte Antrag auf Duldung des Fortbetriebs ihrer Spielhalle im Wege des Erlasses einer einstweiligen Anordnung sei erst am 2. Juli 2021 eingegangen. Dies habe zur Folge, dass § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG zugunsten der Beschwerdeführerin keine Wirkung mehr entfalte. Das Landesglücksspielgesetz privilegieren sogenannte Altspielhallen nicht um ihrer selbst willen, sondern trage dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes Rechnung, sofern und soweit sich Inhaber von Spielhallenerlaubnissen nach § 33i GewO hierauf berechtigterweise berufen könnten. Begebe sich der Betreiber einer Spielhalle des ihm durch das Landesglücksspielgesetz vermittelten Vertrauensschutzes, entfielen auch die hiermit einhergehenden Privilegierungen. Eine solche Zäsur stelle neben einem Betreiberwechsel der gesetzlich missbilligte, da ohne die erforderliche Erlaubnis erfolgende Weiterbetrieb einer Spielhalle nach Ablauf der (fingierten) Gültigkeitsdauer einer ursprünglich nach § 33i GewO erteilten Erlaubnis dar. Der von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG vermittelte Bestands- und Vertrauensschutz

entfalle jedenfalls während erlaubnisfreier Zeiten (vgl. zum Ganzen: VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 26.11.2019 - 6 S 199/19 -, Juris Rn. 14 ff.).

Selbst wenn keine den Vertrauensschutz beseitigende zeitliche Zäsur vorliegen sollte, fehle es der Beschwerdeführerin an der für eine Anwendung des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG erforderlichen unbilligen Härte, die eine über den 30. Juni 2021 hinausreichende Befristung ihrer glücksspielrechtlichen Erlaubnis trage. Richtigerweise dürfte diese Vorschrift aus dem systematischen Gesamtzusammenhang der Übergangsvorschriften des § 51 Abs. 5 LGLüG heraus auszulegen sein, weshalb sie entsprechend der sogenannten Härtefallbefreiung nach Maßgabe des § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG in Verbindung mit § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG erfordere, dass ein Festhalten am Abstandsgebot eine unbillige Härte für den Betreiber der Bestandsspielhalle darstelle. Die Umstände für das Bestehen von Härtefallregelungen müssten nach § 51 Abs. 5 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 LGLüG bis spätestens 18. November 2011 vorgelegen haben. Aufgrund der Verfügung vom 11. August 2017 stehe bestandskräftig fest, dass im Falle der Beschwerdeführerin zwar ein Härtefall vorliege, dieser aber lediglich eine Befreiung ihrer Spielhallen von Abstandsgeboten und Verbundverbot bis zum 30. Juni 2021 rechtfertige. Die hierüber hinausgehenden Anträge habe die Stadt bestandskräftig abgelehnt. Dass die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Wiederaufgreifen des Genehmigungsverfahrens nach § 51 Abs. 1 LVwVfG gestellt hätte, sei nicht ersichtlich. Ungeachtet dessen seien auch keine Wiederaufnahmegründe erkennbar.

4. Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg wies mit dem angegriffenen Beschluss vom 7. Oktober 2021 die Beschwerde der Beschwerdeführerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Karlsruhe zurück.

Der begehrten Erteilung einer Erlaubnis im Wege eines Auswahlverfahrens zum Betrieb der Spielhalle nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG stehe im hier maßgeblichen entscheidungsrelevanten Zeitpunkt jedenfalls der Versagungsgrund des § 41 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit § 42 Abs. 3 LGLüG entgegen.

§ 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG hindere die Anwendung von § 42 Abs. 3 LGLüG auf die Spielhalle der Beschwerdeführerin nicht. § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG berücksichtige,

dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Landesglücksspielgesetzes bereits erteilte Erlaubnisse für Spielhallen die Abstandsregelung gegenüber Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen im Sinne von § 42 Abs. 3 LGLüG nicht hätten berücksichtigen können. Aus diesem Grund werde die Regelung für solche Erlaubnisse nicht nachträglich angewandt.

Die Voraussetzungen des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG würden von der Spielhalle der Beschwerdeführerin nach der im gerichtlichen Eilverfahren vorzunehmenden summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage nicht erfüllt. Zwar sei die Beschwerdeführerin seit dem 5. August 2008 und damit vor Inkrafttreten des Landesglücksspielgesetzes Inhaberin einer Erlaubnis nach § 33i GewO gewesen. § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG dürfte ihr gleichwohl nicht (mehr) zugutekommen. Denn der Betrieb der Spielhalle sei seit dem 1. Juli 2017 nicht mehr von einer Erlaubnis gedeckt. Dementsprechend habe die Beschwerdeführerin die Spielhalle nach eigenen Angaben seit dem 30. Juni 2021 geschlossen und diese erst wieder auf der Grundlage des (Hänge-)Beschlusses des Verwaltungsgerichts vom 16. Juli 2021 geöffnet. Nachdem das Verwaltungsgericht mit dem hier angegriffenen Beschluss vom 23. August 2021 den Antrag der Beschwerdeführerin abgelehnt habe, habe diese nach dessen Zustellung am 25. August 2021 die Spielhalle am selben Tag erneut geschlossen.

Ein gesetzlich missbilligter Weiterbetrieb liege damit gerade nicht vor. Gleichwohl sei eine „nahtlose Fortschreibung“ der Erlaubnis nicht mehr möglich. Denn der von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG vermittelte Bestands- und Vertrauensschutz entfalle mit Eintritt erlaubnisfreier Zeiten (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 26.11.2019 - 6 S 199/19 -, VBIBW 2020, 508; Beschluss vom 9.9.2021 - 6 S 2716/21 -, Juris Rn. 24). Dies sei mit Ablauf der bis zum 30. Juni 2021 gültigen Erlaubnis vom 11. August 2017 der Fall gewesen. Denn die Stadt habe den Antrag auf Erteilung einer ab dem 1. Juli 2021 geltenden glücksspielrechtlichen Erlaubnis mit Bescheid vom 1. Juli 2021 abgelehnt.

Der Betrieb der Spielhalle sei von der Antragsgegnerin auch nicht über den 30. Juni 2021 hinaus aktiv geduldet worden. Anhaltspunkte für eine aktive Duldung seitens der Stadt bestünden gemessen an den Erkenntnismöglichkeiten des gerichtlichen Eilverfahrens auch in Ansehung des (nicht unterzeichneten) allgemeinen Hinweises, den die Antragsgegnerin im Anschluss an den Bescheid vom 1. Juli 2021 erteilt habe,

nicht. Das darin enthaltene Zugeständnis einer Abwicklungsfrist genüge offensichtlich nicht den Anforderungen an eine in sich widerspruchsfreie, hinreichend bestimmte aktive Duldung.

Gewähre die zuständige Behörde für einen in ihrem Ermessen stehenden Zeitraum von sich aus keine aktive Duldung hinsichtlich des Weiterbetriebs einer Spielhalle über die Geltungsdauer einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG (i.V.m. § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG) hinaus, obliege es dem Antragsteller, eine dahingehende (vorläufige) Verpflichtung der Behörde vor Ablauf der Gültigkeit einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis (bzw. vor Ablauf einer bereits zuvor erteilten zeitlich beschränkten aktiven Duldung) im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes anzustreben, da nur hierüber – im Falle eines Obsiegens – eine „nahtlose Fortschreibung“ der innegehabten Erlaubnis denklogisch möglich bleibe. Eine Duldung vermöge eine glücksspielrechtliche Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG in ihrer rechtlichen Qualität zwar nicht zu ersetzen, ein gesetzlich missbilligter Weiterbetrieb einer Spielhalle nach Ablauf der Gültigkeitsdauer der Erlaubnis sei auf einer solchen Grundlage indes nicht zu erkennen. Den entsprechenden Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes dürfe die Beschwerdeführerin – anders als vom Verwaltungsgericht angenommen – zwar bereits am 1. Juli 2021, gleichwohl aber nach Ablauf ihrer bis zum 30. Juni 2021 befristeten (Härtefall-)Erlaubnis vom 11. August 2017 gestellt haben. Sei aber – wie hier – die Legalisierung des Spielhallenbetriebs mittels einer Erlaubnis unterbrochen und liege damit keine „nahtlose Fortschreibung“ der Erlaubnis nach § 33i GewO vor, bedürfe es für den Wiederbetrieb der zwischenzeitlich eingestellten Spielhalle einer neuen Erlaubnis, in deren Rahmen § 42 Abs. 3 LGLüG ungeschmälert zur Anwendung komme.

Aus dem von der Beschwerdeführerin in Bezug genommenen Urteil des Staatsgerichtshofs Baden-Württemberg (Urteil vom 17.6.2014 - 1 VB 15/13 -, Juris Rn. 387) ergebe sich nichts Gegenteiliges. Soweit darin ausgeführt werde, „dass im Falle einer Auswahlentscheidung die unterlegenen Spielhallenbetreiber ihre betroffenen Spielhallen abweichend von § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG noch für einen angemessenen Zeitraum nach Zustellung der ablehnenden Entscheidung weiter betreiben dürfen“, werde hiermit ersichtlich keine Aussage für die hier streitgegenständliche Konstellation getroffen.

Daraus folge, dass die Spielhalle der Beschwerdeführerin schon allein wegen der Verletzung des Abstandsgebots nach § 42 Abs. 3 LGlüG offensichtlich nicht (mehr) erlaubnisfähig sein dürfe. Da es infolgedessen bereits unter diesem Aspekt an der Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs fehle, bedürfe es keiner Entscheidung, ob das von der Stadt zum Abschluss gebrachte Auswahlverfahren in rechtlich nicht zu beanstandender Weise durchgeführt worden sei.

Die Frage, ob sich die Beschwerdeführerin mit Erfolg auf das Vorliegen einer unbilligen Härte berufen könne, die zur Erteilung einer Härtefallerlaubnis nach Maßgabe des § 41 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG führen könne, stelle sich nicht. Abgesehen davon, dass § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG neben § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG eine eigenständige Bedeutung zukomme (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 9.9.2021 - 6 S 2716/21 -, Juris Rn. 13 ff.), müssten die eine unbillige Härte begründenden Umstände nach § 51 Abs. 5 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 LGlüG bis spätestens 18. November 2011 vorgelegen und im Rahmen eines bis zum 29. Februar 2016 gestellten Antrags (vgl. § 51 Abs. 5 Satz 1 i.V.m. Abs. 4 Satz 1 LGlüG) dargelegt worden sein (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 27.11.2019 - 6 S 2384/19 -, VBIBW 2020, 250). Über einen entsprechenden Antrag der Beschwerdeführerin habe die Stadt bereits mit inzwischen bestandskräftigem Bescheid vom 11. August 2017 abschließend entschieden und ihr eine (Härtefall-)Erlaubnis bis zum 30. Juni 2021 erteilt.

B.

I.

Mit ihrer am 27. Dezember 2019 erhobenen Verfassungsbeschwerde wendet sich die Beschwerdeführerin des Verfahrens 1 VB 98/19 gegen die Entscheidungen des Verwaltungsgerichts Sigmaringen und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg. Sie macht eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG, jeweils in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 LV, sowie ihres Rechts auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes geltend.

1. Indem der Verwaltungsgerichtshof es für zulässig halte, dass die zuständigen Behörden ohne Durchführung eines Auswahlverfahrens einem Betreiber willkürlich zunächst eine Härtefallbefreiung und anschließend – wieder ohne Auswahlverfahren – eine langfristige Erlaubnis (hier 15 Jahre) erteilen, verstoße er gegen den aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Anspruch auf Teilnahme an einem chancengleichen und verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Auswahlverfahren.

Das Bestehen eines solchen Anspruchs habe der Staatsgerichtshof bereits in seinem Urteil vom 17. Juni 2014 bestätigt und einfachgesetzlich zutreffend in § 51 Abs. 4 Satz 3 LGlüG verortet. Auch das Bundesverfassungsgericht setze in seiner Entscheidung vom 7. März 2017 voraus, dass zwischen den aufgrund des damals neu eingeführten Abstandsgebots miteinander um den Weiterbetrieb ihrer Spielhallen konkurrierenden Betreibern ein Auswahlverfahren durchzuführen sei. Mit Ausnahme des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg werde die verfassungsrechtliche Notwendigkeit eines ordnungsgemäßen Auswahlverfahrens und einer Auswahlentscheidung von allen anderen Oberverwaltungsgerichten angenommen, ohne dass die jeweiligen landesgesetzlichen Umsetzungen der Vorgaben der §§ 24, 25 und 29 GlüStV diesbezüglich relevante Unterschiede zum Landesglücksspielgesetz Baden-Württemberg enthielten.

Materiell-rechtlich sei das Auswahlverfahren an der Grundrechtsbetroffenheit der Betreiber sowie an den Zielen des Spielhallenrechts auszurichten. In formeller Hinsicht müsse das Verfahren so ausgestaltet sein, dass jeder Bewerber eine faire Chance erhalte, nach den gesetzlichen Genehmigungsvoraussetzungen zum Zuge zu kommen; es sei eine der Bedeutung der Berufsfreiheit angemessene Verfahrensgestaltung im Vorfeld der Auswahlentscheidung zu gewährleisten.

Zwischen allen anderen Oberverwaltungsgerichten bestehe Einigkeit, dass die Härtefallentscheidung unter Befreiung vom Abstandsgebot nachrangig zu einer bereits getroffenen Auswahlentscheidung erfolge und die vorrangige Auswahlentscheidung dadurch nicht beeinträchtigt werde. Die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, die notwendige Auswahlentscheidung könne durch Härtefallentscheidungen ersetzt werden, sei verfehlt. Wenn der durch das Abstandsgebot ausgelöste Konflikt zwischen

Bestandsspielhallen dadurch aufgelöst werden solle, dass die zuständige Behörde einer Spielhalle eine Härtefallerlaubnis erteile und diese einer Erlaubniserteilung an andere Betreiber entgegenhalte, übernehme diese Entscheidung die Funktion der Auswahlentscheidung. Dies sei nur dann verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn sichergestellt wäre, dass sowohl das Verfahren als auch der materielle Inhalt der Entscheidung den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die zu treffende Auswahlentscheidung genügten. Anders könne nicht gerechtfertigt werden, dass – wie im vorliegenden Fall – dem Betreiber, der zunächst eine Härtefallerlaubnis erhalte, vor deren Ablauf ohne Auswahlverfahren eine langfristige Erlaubnis zum Weiterbetrieb seiner Spielhalle erteilt werden könne. Entscheidend für den langfristigen Weiterbetrieb an dem jeweiligen Standort sei nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs die Frage, welcher Betreiber zum 1. Juli 2017 eine Härtefallerlaubnis erhalten habe. Wenn eine als Härtefallentscheidung bezeichnete Entscheidung der Erteilung einer Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 LGlüG entgegenstehen solle, folge daraus jedoch zwingend, dass diese Entscheidung an den aus den Grundrechten der Betreiber innerhalb des 500 m-Radius folgenden Anforderungen zu messen sei.

Diesen Anforderungen genüge die Härtefallentscheidung zu Gunsten der XXX GmbH nicht. Die Annahme, dass ein Betreiber mit 50 Standorten durch die Schließung eines solchen härter getroffen werde, als sie mit derzeit noch etwa 40 Standorten, sei abwegig. Der im Zeitpunkt der Entscheidung noch 18 Monate laufende Mietvertrag für die Spielhallen der XXX GmbH stelle bei sachgerechter Beurteilung offensichtlich nach keiner denkbaren Sichtweise eine „unbillige Härte“ im Sinne des § 51 Abs. 5 LGlüG dar.

Die durch das Abstandsgebot erzeugte Konkurrenzsituation sei in einem chancengleichen Verwaltungsverfahren aufzulösen. Gegenstand dieses Auswahlverfahrens sei die Erteilung einer langfristigen Erlaubnis (rückwirkend) ab dem 1. Juli 2017. Den Betreibern von Bestandsspielhallen ein ordnungsgemäßes Auswahlverfahren zu verweigern, verletze deren Bewerberverfahrensanspruch aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12, Art. 14 und Art. 3 GG. Ein solches hätte bereits zum 1. Juli 2017 durchgeführt werden müssen.

2. Die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, dass eine Härtefallerlaubnis zugunsten einer Konkurrentin zwar einer Erlaubniserteilung entgegenstehe, diese jedoch nicht im Wege einer Drittanfechtung gerichtlich überprüft werden könne, verstoße gegen ihr Recht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes. Denn der unterlegene Betreiber habe dadurch keinerlei Rechtsschutzmöglichkeit gegen die einem anderen Betreiber erteilte Erlaubnis, obwohl diese einer Erlaubniserteilung an ihn entgegenstehe. Dies bedeute, dass ein konkurrierender Betreiber mit dem Vortrag nicht gehört werden könne, sein Konkurrent habe zu Unrecht eine Härtefallerlaubnis erhalten.

II.

Die Beschwerdeführerin des Verfahrens 1 VB 156/21 hat am 12. November 2021 eine mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verbundene Verfassungsbeschwerde gegen die Beschlüsse des Verwaltungsgerichts Karlsruhe und des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg erhoben. Sie macht ebenfalls eine Verletzung ihrer Rechte aus Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG, jeweils in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 LV sowie ihres Rechts auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes geltend.

Die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, dass sie keinen Anspruch auf Teilnahme an einem chancengleichen und verfassungsrechtlichen Anforderungen genügenden Auswahlverfahren zwischen konkurrierenden Spielhallenbetreibern habe, verstoße gegen Grundrechte und grundrechtsgleiche Rechte.

Die Notwendigkeit einer „nahtlosen Fortschreibung“ der Erlaubnis bei der Anwendung von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG sei verfassungsrechtlich unhaltbar, da sie in gleichheitswidriger Weise den Bewerberverfahrensanspruch von Bestandsspielhallen ausschließe. Für den Verlust der Teilnahmemöglichkeit am Auswahlverfahren bedürfe es gewichtiger Gründe und eindeutiger tatsächlicher Feststellungen. Diese seien hier nicht ersichtlich. Ein kurzfristiger „Betrieb ohne Erlaubnis“ unterscheide sich qualitativ nicht von anderen Verstößen gegen das Spielhallenrecht (z.B. der Aufstellung überzähliger Geldspielgeräte etc.). Festgestellte Verstöße gegen spielhallenrechtliche Normen seien im Rahmen der Auswahlentscheidung zunächst sachgerecht zu

ermitteln und unter dem Aspekt einer Prognose über die zukünftige „Qualität der Betriebsführung“ zu berücksichtigen. Im Rahmen des Auswahlverfahrens sei diese Prognose in Relation zu der entsprechenden Prognose bezüglich der konkurrierenden Betreiber zu setzen. Die entsprechenden Feststellungen und Bewertungen seien anschließend im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Hauptsacheverfahrens zu überprüfen. Ein sofortiger Ausschluss aus dem Auswahlverfahren komme dagegen rechtskonform nur bei schwerwiegenden Verstößen in Betracht. Bereits daraus werde deutlich, dass selbst in Fällen eines vorübergehenden „missbilligten Betriebs“ oder einer „Zäsur“ weder frühere Erlaubnisse automatisch „erlöschen“ noch die Berechtigung zur Teilnahme am Auswahlverfahren entfalle. Im vorliegenden Fall fehle es darüber hinaus an jeglichem „missbilligten Weiterbetrieb“, da sie in Kenntnis der Zäsur-Rechtsprechung ihre Spielhalle zu keiner Zeit ohne Erlaubnis oder Duldung betrieben habe.

Der Verwaltungsgerichtshof verkenne grundlegend das Verhältnis zwischen einstweiligem Rechtsschutz und Rechtsschutz in der Hauptsache. Positive Auswahlentscheidungen hätten aufgrund der Knappheit des Verteilungsobjekts eine negative Wirkung für Dritte. Eine positive Auswahlentscheidung habe deshalb Drittwirkung. Wenn der im behördlichen Auswahlverfahren unterlegene Betreiber im Hauptsacheverfahren obsiege, der Erlaubnisbescheid des Konkurrenten erfolgreich angefochten und die zuständige Behörde gerichtlich zur Erteilung einer Erlaubnis oder zur erneuten Bescheidung verpflichtet werde, könne die zuständige Behörde eine neue Erlaubnis rückwirkend ab dem 1. Juli 2017 erteilen. Die Frage, ob ein Betreiber einer Bestandsspielhalle nach Ablehnung seines Antrags um einstweiligen Rechtsschutz suche oder er es sich finanziell leisten könne seine Spielhallen vorübergehend geschlossen zu halten, habe auf die Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren keinen Einfluss. Gegenstand des Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes sei alleine die Frage, ob der Betrieb während eines bestimmten Zeitraums von der zuständigen Behörde zu dulden sei. Das Obsiegen oder Unterliegen im Eilverfahren hänge offensichtlich nicht nur von den Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren ab.

III.

Der Verfassungsgerichtshof hat dem Ministerium der Justiz und für Migration, dem Ministerium des Inneren, für Digitalisierung und Kommunen, dem Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Tourismus, den Betreibern der beiden Konkurrenzspielhallen sowie der Stadt Albstadt und der Großen Kreisstadt Mosbach Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Verfassungsbeschwerden gegeben.

1. Das Ministerium der Justiz und für Migration hat von einer inhaltlichen Stellungnahme abgesehen.

2. Das Ministerium des Inneren, für Digitalisierung und Kommunen verweist darauf, dass die Länder im Glücksspielstaatsvertrag für Spielhallen Mindestabstände und das Verbot von Mehrfachkonzessionen eingeführt hätten, um eine Gesamtkohärenz zu sichern. Weder im Glücksspielstaatsvertrag noch im Landesglücksspielgesetz würden Vorgaben gemacht, wie zu verfahren sei, wenn über Härtefallanträge von Betreibern zu entscheiden sei, die in Konkurrenz zueinander stünden. Ein solcher Härtefallantrag sei nur vorgesehen für Spielhallen, für deren Betrieb bis zum 18. November 2011 eine Erlaubnis nach § 33i GewO erteilt worden sei. Der Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass die Suspendierung von den Vorgaben des Verbots der Mehrfachkonzession und des Abstandsgebots nur befristet erfolge, um den Gewerbetreibenden in die Lage zu versetzen, eine Anschlussnutzung der Betriebsräume zu realisieren.

3. Das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Tourismus erachtet die Verfassungsbeschwerden als unbegründet.

Nach Auffassung des Wirtschaftsministeriums ergibt sich die richtige Prüfungsreihenfolge von Härtefallerlaubnissen und regulären Spielhallenerlaubnissen in Baden-Württemberg unmittelbar aus dem Landesrecht. § 41 Abs. 2 LGlüG und § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG gäben das Prüfprogramm eindeutig vor. Die Hürden für die Zubilligung einer unbilligen Härte seien sehr hoch. Wer diese erste Hürde nicht nehme, könne nicht auf der zweiten Stufe des Bestandsschutzes – Zubilligung einer zeitlich befristeten Befreiung von den Abstandsgebotsen – teilhaben mit der Folge, dass das

Abstandsgebot nach § 42 Abs. 1 und das Verbundverbot nach § 42 Abs. 2 LGLüG strikt zur Anwendung gelangten. Dies führe nach § 41 Abs. 2 LGLüG dazu, dass der Bewerber, für den das Abstandsgebot nicht greife, sich gegenüber denjenigen Mitbewerbern durchsetze, auf die dieses Verbot Anwendung finde. § 41 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit § 42 Abs. 1 und Abs. 2 LGLüG verböten eine Erlaubniserteilung in den Fällen, in denen das Verbot nicht ausnahmsweise über § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG wirksam überwunden werde. Mangels wirksamer Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG greife das Abstandsgebot und damit das Erlaubnishindernis. Im Falle des Nebeneinanders von Bestandsspielhallen mit und ohne Härtefallbefreiung bleibe nur die Möglichkeit eines eigenen Härtefallantrags; eine Auswahlentscheidung unter Einbeziehung der Neubewerber finde nicht statt. Wer selbst keinen Härtefall geltend machen könne, könne ein Auswahlverfahren nicht verlangen. Ein solches finde nur statt, wenn die Behörde zwischen verschiedenen, sich aufgrund des Abstandsgebots nach § 42 Abs. 1 LGLüG gegenseitig ausschließenden Spielhallen eine Auswahl treffen müsse. Habe mindestens ein Bewerber das Abstandsgebot nicht zu beachten, weil er aufgrund von § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG davon befreit worden sei, steche dieser die anderen Bewerber am gleichen Standort aus. Aus dem gesetzlichen Prüfprogramm der Behörde folge daher, dass die Prüfung einer Härtefallentscheidung rechtssystematisch Vorrang vor einer Auswahlentscheidung unter gleichwertigen Bewerbern um eine Spielhallenerlaubnis habe. Sei eine Härtefallentscheidung ergangen, fehle eine Gleichwertigkeit, weil der Härtefall während des Befreiungszeitraums über § 42 Abs. 1 LGLüG Bewerber ohne Härtefallbefreiung sperre.

Mit seiner sogenannten Zäsur-Rechtsprechung zu § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG hebe der Verwaltungsgerichtshof auf das aus § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG folgende Erfordernis ab, dass jede Spielhalle nach dem 30. Juni 2017 aufgrund einer neuen Erlaubnis betrieben werden müsse und dieses Erfordernis allenfalls aufgrund einer aktiven Duldung vorübergehend „überspielt“ werden könne. Die Rechtsprechung zur behördlichen Duldung und zum Erfordernis des rechtzeitigen Antrags einer gerichtlichen Eilentscheidung stelle nur eine Erweiterung der Möglichkeiten von Betreibern von Bestandsspielhallen dar, um sich die vom GlüStV und von § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG ausdrücklich geforderte Legalisierung ihres Betriebs rechtswahrend zu erhalten. Die Zäsur-Rechtsprechung finde ihre Grundlage in den Festlegungen des

Gesetzgebers zu den Übergangsbestimmungen. Die Übergangsvorschriften seien streng auszulegen, weil dem neuen Recht möglichst zeitnah zur Wirkung verhelfen werden solle. Ein von § 42 Abs. 3 LGLüG losgelöstes Recht auf Durchführung eines behördlichen Auswahlverfahrens existiere nicht. Vor diesem Hintergrund gingen die Ausführungen zur Vereitelung des Anspruchs auf Durchführung eines behördlichen Auswahlverfahrens durch die Zäsur-Rechtsprechung sowie zur Verletzung des Rechts auf Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes ins Leere.

4. Nach Auffassung der Stadt Albstadt ist die Verfassungsbeschwerde 1 VB 98/19 weder zulässig, noch begründet.

Sie sei nicht substantiiert innerhalb der Beschwerdefrist begründet worden. Der Beschluss des Verwaltungsgerichts Sigmaringen sei nicht beigelegt. Da die Beschwerdeentscheidung an zahlreichen Stellen Bezug auf den nicht vorgelegten Beschluss des Verwaltungsgerichts nehme, sei die Verfassungsbeschwerde auch hinsichtlich der Beschwerdeentscheidung nicht aus sich heraus verständlich. Zudem setze sich die Verfassungsbeschwerde nicht hinreichend mit den Schutzbereichen der als verletzt gerügten Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte auseinander.

Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführerin nicht in ihrem Recht aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG. Denn diese verbürgten nicht die Durchführung eines vorgelagerten Auswahlverfahrens. Vielmehr folge aus der Spielhallenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts, dass die Härtefallkriterien, auf die für die Auswahlentscheidung zurückgegriffen werden könne, bereits eine umfassende einfachgesetzliche Konkretisierung des Grundrechtsschutzes darstellten. Auch der Einwand, es sei nach dem 30. Juni 2017 zu keiner Zäsur gekommen mit der Folge, dass die betroffene Spielhalle weiterhin in den Genuss des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG komme, sei unzutreffend. Die Beschwerdeführerin lege nicht dar, dass eine reguläre Spielhallenerlaubnis bei Durchführung eines Auswahlverfahrens rechtmäßig nur ihr hätte erteilt werden dürfen. Dies wäre aber Voraussetzung, um einen nahtlosen Erlaubniszusammenhang und damit die Anwendbarkeit von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG sicherzustellen.

Auch das Recht auf effektiven Rechtsschutz sei nicht verletzt. Die Verfassungsbeschwerde lege nicht dar, das Verständnis des Verwaltungsgerichtshofs, wonach § 51 Abs. 5 Satz 1 bis 4 LGLüG keinen drittschützenden Charakter aufweise, mit spezifischem Verfassungsrecht jenseits des Gebots effektiven Rechtsschutzes unvereinbar sei. Ungeachtet dessen befänden sich Auslegung und Anwendung von § 51 Abs. 5 Satz 1 bis 4 LGLüG in Einklang mit der ganz herrschenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur.

5. Die Große Kreisstadt Mosbach vertritt die Auffassung, die Beschwerdeführerin des Verfahrens 1 VB 156/21 werde weder in ihrem Recht aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG noch in ihrem Recht aus Art. 67 Abs. 1 LV verletzt.

Die Beschwerdeführerin missverstehe die im Hinblick auf Bestandsspielhallen entwickelte Argumentation des Verwaltungsgerichtshofs zu § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG. Das Gericht habe keinesfalls vorgegeben, dass für eine „nahtlose Fortschreibung“ das gerichtliche Verfahren erfolgreich gestaltet sein müsse. Dies würde in der Tat eine überspannte Anforderung darstellen, zumal der Abschluss des eilgerichtlichen Verfahrens nicht in der Hand des Spielhallenbetreibers liege. Eine solche Anforderung sei aber nicht formuliert worden; verlangt werde nur, dass der Spielhallenbetreiber rechtzeitig vor Ablauf der Befristung seiner Erlaubnis einen Eilantrag stelle. Auch die Anwendung der „Nahtlos-Rechtsprechung“ im vorliegenden Fall weise keine Rechtsfehler auf und sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Hilfsweise verweise sie darauf, dass die von ihr getroffene Auswahlentscheidung den Angriffen der Verfassungsbeschwerde auch im Übrigen standhalte.

6. Die mit der Beschwerdeführerin im Verfahren 1 VB 98/19 konkurrierende Betreiberin hat von einer inhaltlichen Stellungnahme abgesehen. Die XXX GmbH, Betreiberin der Konkurrenzspielhalle im Verfahren 1 VB 156/21, teilt in ihrer Stellungnahme die rechtlichen Zweifel an der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zum Vorrang von Härtefallerlaubnissen.

IV.

Im Verfahren 1 VB 156/21 hat die Kammer des Verfassungsgerichtshofs mit Beschluss vom 15. März 2022 auf Grundlage einer Folgenabwägung dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung entsprochen und die Große Kreisstadt Mosbach auf Grundlage von § 25 Abs. 1 VerfGHG verpflichtet, den Betrieb der betroffenen Spielhalle bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde vorläufig zu dulden.

C.

Soweit die Verfassungsbeschwerden zulässig sind, sind sie begründet.

I.

Beide Verfassungsbeschwerden sind nur hinsichtlich der angegriffenen Beschwerdeentscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs zulässig. Soweit sie sich gegen die jeweils zugrundeliegenden erstinstanzlichen Beschlüsse wenden, sind sie unzulässig.

1. Die Beschlüsse der Verwaltungsgerichte Sigmaringen und Karlsruhe sowie des Verwaltungsgerichtshofs sind mit der Verfassungsbeschwerde nach § 55 Abs. 1 VerfGHG angreifbare Hoheitsakte. Die Beschwerdeführerinnen sind durch die angegriffenen Gerichtsentscheidungen des einstweiligen Rechtsschutzes beschwert. Die Monatsfrist (§ 56 Abs. 2 VerfGHG) ist jeweils gewahrt

2. Die Beschwerdeführerinnen sind nicht aus Gründen der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde auf die Erschöpfung des Rechtswegs der Hauptsache zu verweisen.

Bei Verfassungsbeschwerden, die sich gegen Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren richten, gebietet der in § 55 Abs. 2 Satz 1 VerfGHG zum Ausdruck kommende Grundsatz der Subsidiarität regelmäßig die Erschöpfung des Rechtswegs in der Hauptsache, wenn Grundrechtsverletzungen gerügt werden, die

sich auf die Hauptsache beziehen (vgl. VerfGH, Beschluss vom 25.11.2020 - 1 VB 120/20 -, Juris Rn. 9 m.w.N.). Anders liegt es, wenn eine Rechtsverletzung geltend gemacht wird, die das Fachgericht gerade durch die Art und Weise der Bearbeitung des Antrags auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes verursacht haben soll (stRspr, vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 9.10.2001 - 1 BvR 622/01 -, BVerfGE 104, 65, 70 f., Juris Rn. 24 m.w.N.).

Die Beschwerdeführerinnen erstrebten vor den Verwaltungsgerichten im Wege des Eilrechtsschutzes einen vorübergehenden Betrieb ihrer Spielhallen und wenden sich vorliegend gegen dessen Versagung. Sie rügen mit ihren Verfassungsbeschwerden ausschließlich Grundrechtsverletzungen, die in der Behandlung ihrer Anträge auf vorläufigen Rechtsschutz liegen. Kern der Einwände ist die versagte Möglichkeit einer vorläufigen Betriebsöffnung, wodurch sich die Beschwerdeführerinnen dauerhaft einem Standortnachteil gegenüber ihren Konkurrenten ausgesetzt sehen. Es ist nicht möglich, diese hier geltend gemachte Beschwer durch eine Prüfung der Erlaubnisfähigkeit der Spielhallenbetriebe in den anhängigen Hauptsacheverfahren zu korrigieren. Infolgedessen scheidet ein Verweis auf eine vorrangige Durchführung von Hauptsacheverfahren hier aus.

3. Die Verfassungsbeschwerden genügen lediglich hinsichtlich der angegriffenen Beschwerdeentscheidungen den Anforderungen an eine substantiierte Begründung.

a) § 15 Abs. 1 Satz 2 und § 56 Abs. 1 VerfGHG verlangen, dass Beschwerdeführer nicht nur den der behaupteten Verletzung von in der Landesverfassung enthaltenen Rechten zugrundeliegenden Sachverhalt schlüssig und substantiiert darlegen, sondern auch substantiiert darstellen, inwiefern die angegriffene Maßnahme das bezeichnete Recht verletzen soll. Bei Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen gehört hierzu, dass sich Beschwerdeführer hinreichend mit den Gründen der Entscheidungen auseinandersetzen. Es reicht gerade nicht aus, lediglich Verfassungsverstöße durch die als falsch angesehene gerichtliche Entscheidung zu behaupten (vgl. z.B. VerfGH, Beschluss vom 28.7.2020 - 1 VB 52/20 -, Juris Rn. 2; Beschluss vom 2.3.2020 - 1 VB 97/19 -, Juris Rn. 2; Beschluss vom 23.09.2019 - 1 VB 60/19 -, Juris Rn. 2 f.).

Darüber hinaus sind mit der Verfassungsbeschwerde diejenigen Unterlagen aus dem fachgerichtlichen Verfahren vorzulegen oder inhaltlich wiederzugeben, ohne deren Kenntnis eine Einschätzung, ob die Verfassungsbeschwerde Erfolg haben kann, nicht möglich ist (vgl. VerfGH, Beschluss vom 1.3.2021 - 1 VB 66/19 -, Juris Rn. 3 m.w.N.). Je nach Angriffsgegenstand gehört hierzu, neben den angegriffenen Entscheidungen auch andere relevante Entscheidungen und Entscheidungsgrundlagen vorzulegen oder zumindest ihrem wesentlichen Inhalt nach wiederzugeben. Der Verfassungsgerichtshof soll durch die Begründung in die Lage versetzt werden, den angegriffenen Hoheitsakt ohne eigene weitere Nachforschungen einer verfassungsrechtlichen Überprüfung zu unterziehen. Dies bedeutet nicht zuletzt, dass in der Regel die angegriffenen Hoheitsakte und alle sonstigen maßgeblichen Unterlagen in Kopie vorzulegen sind (stRspr. des BVerfG, vgl. z.B. Beschlüsse der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 12.2.2020 - 2 BvR 2215/19 -, Juris Rn. 2 und vom 16.1.2020 - 2 BvR 2114/19 -, Juris Rn. 4).

b) Dem genügen die Verfassungsbeschwerden nur teilweise. Soweit sie sich gegen die Beschwerdeentscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs wenden, haben beide Beschwerdeführerinnen unter Vorlage der Gerichtsbeschlüsse hinreichend substantiiert dargelegt, dass sie sich durch diese in ihren Grundrechten aus Art. 14 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG, jeweils in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1 LV sowie in ihrem Recht aus Art. 67 Abs. 1 LV verletzt erachten. Hinsichtlich der angegriffenen erstinstanzlichen Entscheidungen der Verwaltungsgerichte erweisen sich die Verfassungsbeschwerden hingegen nicht als hinreichend substantiiert begründet.

aa) Im Verfahren 1 VB 98/19 hat es die Beschwerdeführerin unterlassen, den ausdrücklich angegriffenen Beschluss des Verwaltungsgerichts Sigmaringen vom 18. Dezember 2018 vorzulegen. Dessen Inhalt ergibt sich lediglich rudimentär aus der verkürzten Zusammenfassung im Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs vom 26. November 2019 sowie aus der zusammenfassenden Darstellung in der Begründung der Verfassungsbeschwerde. Der genaue Inhalt des angegriffenen erstinstanzlichen Beschlusses bleibt deshalb unklar; insbesondere lässt sich aus den wiedergegebenen Passagen nicht ableiten, aus welchen Gründen das

Verwaltungsgericht davon ausging, die Beschwerdeführerin könne sich nicht auf einen Härtefall nach § 51 Abs. 5 LGlüG berufen.

bb) Im Verfahren 1 VB 156/21 setzt sich die Begründung der Verfassungsbeschwerde nicht hinreichend mit der angegriffenen Ausgangsentscheidung des Verwaltungsgerichts Karlsruhe auseinander.

Sowohl das Verwaltungsgericht als auch der Verwaltungsgerichtshof stützten ihre Entscheidung darauf, dass sich die Beschwerdeführerin im Rahmen der Prüfung des Versagungsgrundes des § 41 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit § 42 Abs. 3 LGlüG nicht auf die Privilegierung von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG berufen könne. Sie gingen davon aus, dass dem grundsätzlich bestehenden Schutz des Vertrauens in die zum Zeitpunkt der Alterlaubniserteilung zugrundeliegende Rechtslage eine zwischenzeitlich eingetretene Zäsur entgegenstehe, die eine Anwendung von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG ausschließe. Im Gegensatz zum Verwaltungsgerichtshof gründete das Verwaltungsgericht Karlsruhe seine Rechtsauffassung zur mangelnden Anwendbarkeit der Privilegierungsregelung auf einen weiteren Grund; es nahm an, dass es im Falle der Spielhalle der Beschwerdeführerin überdies an einer – nach Ansicht des Gerichts für die Anwendung von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG erforderlichen – unbilligen Härte fehle.

Mit dieser ebenfalls tragenden Begründung des Verwaltungsgerichts setzt sich die Verfassungsbeschwerde nicht auseinander. Sie befasst sich ausschließlich mit der Rechtsprechung zu § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG und bringt diesbezüglich substantiierte verfassungsrechtliche Einwände vor. Daneben macht sie Ausführungen zur Verfassungswidrigkeit des von der Großen Kreisstadt Mosbach durchgeführten Auswahlverfahrens, mit den sich die angegriffenen gerichtlichen Beschlüsse inhaltlich jedoch nicht befassten. Eine Auseinandersetzung mit der nach Auffassung des Verwaltungsgerichts fehlenden unbilligen Härte enthält die Verfassungsbeschwerde nicht. Dies wird nicht dadurch entbehrlich, dass der ursprünglich unter den Verwaltungsgerichten im Land umstrittenen Rechtsauffassung, wonach die Anwendbarkeit von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG das Vorliegen einer unbilligen Härte voraussetzt, in der Zwischenzeit durch den Verwaltungsgerichtshof eine Absage erteilt

wurde (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 9.9.2021 - 6 S 2716/21 -, Juris Rn. 16 ff.).

4. Schließlich fehlt es vorliegend nicht am Rechtsschutzbedürfnis. Die Rechtsverfolgung der Beschwerdeführerinnen ist von einem aner kennenswerten Interesse getragen. Insbesondere ist nicht ohne Weiteres ersichtlich, dass ein Obsiegen der hier betroffenen Spielhallenbetriebe im Falle einer (nochmaligen) Einbeziehung in ein Auswahlverfahren zwischen konkurrierenden Spielhallen von vornherein ausgeschlossen wäre.

II.

Soweit sie zulässig sind, erweisen sich die Verfassungsbeschwerden als begründet. Die Beschwerdeentscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg verletzen die Beschwerdeführerinnen in ihrem Recht auf einen chancengleichen Zugang zu einer begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG.

1. a) Die angegriffenen Gerichtsentscheidungen sind zuvorderst an der Berufsfreiheit zu messen. Die Beschwerdeführerinnen rügen die durch die angegriffenen Entscheidungen beschränkte Möglichkeit, ihre Spielhallen vorläufig weiter zu betreiben, und wenden sich gegen eine aus ihrer Sicht bestehende Ungleichbehandlung gegenüber ihrer Konkurrenz. Das Betreiben einer Spielhalle ist, solange diese Tätigkeit nicht gesetzlich verboten und privaten Unternehmen zugänglich ist, Ausübung eines Berufs im Verständnis des Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG (vgl. StGH, Urteil vom 17.6.2014 - 1 VB 15/13 -, Juris Rn. 304). Der Schutz der Berufsfreiheit entfällt nicht etwa aus dem Grund, dass Betreiber – wie die Beschwerdeführerinnen – nicht über die nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG an sich für die Tätigkeit erforderliche Erlaubnis verfügen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist einer die Merkmale des Berufsbegriffs grundsätzlich erfüllenden Tätigkeit der Schutz durch das Grundrecht nicht schon dann versagt, wenn das einfache Recht die gewerbliche Ausübung dieser Tätigkeit verbietet (vgl. Urteil des Ersten Senats vom 28.3.2006 - 1 BvR 1054/01 -, BVerfGE 115, 276, 300 f., Juris Rn. 83). Insbesondere stand in den hier angegriffenen

verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren die Frage der Erlaubnisfähigkeit der Spielhallenbetriebe ja gerade in Frage. Damit unterfallen die Beschwerdeführerinnen als Betreiberinnen von Spielhallen dem Schutz der Berufsfreiheit.

b) Der Staatsgerichtshof hat sich in der Vergangenheit bereits mit dem landesrechtlichen Abstandsgebot zwischen Spielhallen nach § 42 Abs. 1 LGLüG sowie der Härtefallregelung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG befasst und diese als materiell verfassungsgemäß erachtet (StGH, Urteil vom 17.6.2014 - 1 VB 15/13 -, Juris Rn. 355 ff.).

Für Konkurrenzsituationen zwischen Spielhallenbetreibern ist das aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG folgende Recht auf einen chancengleichen Zugang zu einer beruflichen Tätigkeit maßgeblich. 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, ist demnach eine den grundrechtlich geschützten Interessen gerecht werdende Auswahlentscheidung erforderlich. Dieser Anspruch bezieht sich auch auf ein diesbezügliches Verwaltungsverfahren (vgl. StGH, Urteil vom 17.6.2014 - 1 VB 15/13 -, Juris Rn. 256 unter Verweis auf BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 12.6.1990 - 1 BvR 355/86 -, BVerfGE 82, 209, 224 ff., Juris Rn. 65 ff und Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 11.10.2010 - 1 BvR 1425/10 -, Juris Rn. 10 ff.). In die Auswahlentscheidung sind die grundrechtlich geschützten Positionen der Beteiligten einzubeziehen. Die Auswahlkriterien müssen der Eingriffsintensität der Entscheidung Rechnung tragen, die im negativen Fall dazu führt, dass eine bisher erlaubte gewerbliche Tätigkeit nicht weitergeführt und von der Eigentumsgarantie geschützte Vermögensgegenstände nicht mehr weiter genutzt werden dürfen. Das sogenannte „Windhundprinzip“, wonach derjenige zum Zuge kommt, der zuerst einen entscheidungsreifen Antrag stellt, genügt nicht den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Konkurrenzentscheidung darüber, welcher von mehreren Spielhallenbetreibern den Betrieb seiner bestehenden Spielhalle im Rahmen der durch die neuen Erlaubniserteilungsvoraussetzungen faktisch herbeigeführten Kontingentierung weiterführen darf (vgl. StGH, Urteil vom 17.6.2014 - 1 VB 15/13 -, Juris Rn. 257).

Den verfassungsrechtlichen Vorgaben genügende Maßstäbe für die Auflösung von Konkurrenzen zwischen mehreren Spielhallenbetreibern lassen sich den § 42 Abs. 1 LGlüG und § 51 Abs. 5 LGlüG durch Auslegung entnehmen; die in § 51 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 und Satz 4 LGlüG genannten Kriterien für das Vorliegen einer unbilligen Härte können auch für die Entscheidung über die Lösung einer Konkurrenz zwischen mehreren Spielhallenbetreibern maßgeblich sein (vgl. StGH, Urteil vom 17.6.2014 - 1 VB 15/13 -, Juris Rn. 358).

c) Das Bundesverfassungsgericht betont im Hinblick auf die Berufsfreiheit insbesondere die Komplementärfunktion des Verfahrens für die Durchsetzung materieller Rechte – und dies bereits im Vorfeld einer Auswahlentscheidung (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 11.10.2010 - 1 BvR 1435/10 -, Juris Rn. 10 m.w.N.). Dementsprechend hebt es auch in seiner Spielhallen-Entscheidung die Notwendigkeit einer Auswahlentscheidung und deren rechtsstaatliche Ausgestaltung für Konkurrenzsituationen zwischen Bestandsspielhallen hervor. Bei Auswahlentscheidungen müsse der Gesetzgeber ein rechtsstaatliches Verfahren bereitstellen, in dem hierüber zu entscheiden ist. Die erforderliche Berücksichtigung der grundrechtlich geschützten Positionen der Spielhallenbetreiber gebiete es auch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, dass die zuständigen Behörden sich eines Verteilmechanismus bedienen, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermögliche (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. -, BVerfGE 145, 20 Rn. 182 ff., Juris Rn. 182 ff. m.w.N.).

2. Diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben werden die angegriffenen Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg nicht gerecht. Sie verletzen die Beschwerdeführerinnen in ihrem aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG folgenden Recht auf einen chancengleichen Zugang zu einer begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit, nämlich dem Spielhallenmarkt am gewünschten Ort.

Im Verfahren 1 VB 98/19 liegt der Verfassungsverstoß in der gerichtlichen Billigung des behördlichen Vorgehens, vor Durchführung eines Auswahlverfahrens bezogen auf

jede einzelne Spielhalle das Vorliegen eines Härtefalls zu prüfen und die auf § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG gestützte Entscheidung sodann anderen Spielhallen ohne Härtefallerlaubnis im Rahmen von § 42 Abs. 1 LGlüG entgegenzuhalten (a). In beiden Verfassungsbeschwerdeverfahren erweist sich die sogenannte Zäsur-Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zu § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG als nicht verfassungskonform (b).

a) In dem Beschluss vom 26. November 2019, der Gegenstand des Verfahrens 1 VB 98/19 ist, hat der Verwaltungsgerichtshof entsprechend seiner inzwischen ständigen Rechtsprechung die behördliche Vorgehensweise für rechtmäßig gehalten, bei einer Antragskonkurrenz wegen wechselseitiger Nichteinhaltung des Mindestabstands zwischen Spielhallen nach § 42 Abs. 1 LGlüG zunächst das Vorliegen eines Härtefalls nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG zu prüfen und Spielhallen, bei denen ein Härtefall angenommen worden ist, sodann ohne ein weiteres Auswahlverfahren den Vorzug vor solchen ohne eigene Härtefallerlaubnis einzuräumen.

aa) Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs rechtfertigt sich dies durch die nach der Intention des Gesetzgebers besondere Schutzwürdigkeit des Vertrauens der Spielhallenbetreiber, die sich auf einen Härtefall berufen können. Die Möglichkeit einer Befreiung vom Abstandsgebot des § 42 Abs. 1 LGlüG diene der Sicherung der Angemessenheit des Eingriffs in die Berufsfreiheit und die Eigentumsgarantie durch die Einführung des gesetzlichen Mindestabstands zwischen Spielhallen. Die Interessen der Spielhallenbetreiber, die sich ihrerseits nicht auf einen derartigen Härtefall berufen könnten, hätten vor dem Hintergrund des gesetzgeberischen Ziels, eine möglichst geringe Spielhallendichte zu erreichen, zurückzustehen. Dieses würde konterkariert, wenn erst Spielhallen erlaubt würden und sodann in einem weiteren Schritt zusätzlich über Härtefallanträge entschieden würde. Nichts Anderes ergebe sich aus Wortlaut und Systematik der Vorschriften des Landesglücksspielgesetzes. § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG normiere eine Ausnahme zu der Regel, dass spätestens nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist (nach § 51 Abs. 4 Satz 1 LGlüG) die materiellen Anforderungen der §§ 41, 42 LGlüG für alle Betreiber gälten. Die Härtefallklausel weise einen Ausnahmecharakter auf, weil sie lediglich den unbilligen Härten entgegenwirken solle, die von der Übergangsfrist nicht erfasst werden könnten. Würde die Befreiung von den Vorgaben der §§ 41, 42 Abs. 1 LGlüG zur Regel, würde

die erstrebte Reduzierung der Spielhallenstandorte unter Berücksichtigung wirtschaftlicher Interessen der Spielhallenbetreiber verhindert (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 16.4.2018 - 6 S 2250/17 -, Juris Rn. 8 f.).

Im Falle des Nebeneinanders von Bestandsspielhallen mit und ohne Härtefallbefreiung bleibe dem unberücksichtigten Spielhallenbetreiber nur die Möglichkeit, selbst einen Antrag auf Befreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG zu stellen; eine Auswahlentscheidung unter Einbeziehung der Neubewerber finde insoweit nicht statt (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 16.4.2018 - 6 S 2250/17 -, Juris Rn. 10).

bb) Diese vom Verwaltungsgerichtshof angenommene Verdrängungswirkung der ohne Auswahlverfahren einer Konkurrentin erteilten Härtefallerlaubnis verletzt die Beschwerdeführerin des Verfahrens 1 VB 98/19 in ihrem Recht auf einen chancengleichen Zugang zu einer begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit. Sie hat einen verfassungsrechtlich verbürgten Anspruch auf Teilnahme an einem den grundrechtlich geschützten Interessen gerecht werdenden Auswahlverfahren zwischen im Hinblick auf das Mindestabstandsgebot (§ 42 Abs. 1 LGlüG) konkurrierenden Spielhallenbetreibern. Ein solches wurde hier jedoch nicht durchgeführt. Eine ohne Auswahlverfahren erteilte Härtefallerlaubnis kann dem Erlaubnisantrag der Beschwerdeführerin von Verfassungs wegen nicht im Wege des Einwands der Nichteinhaltung des Mindestabstandsgebots entgegengehalten werden.

(1) Die Erteilung einer Härtefallerlaubnis zugunsten der mit der Beschwerdeführerin im Wettbewerb stehenden Betreiberin entband die Stadt Albstadt nicht von der verfassungsrechtlich gebotenen Durchführung eines Auswahlverfahrens zwischen den Konkurrenzspielhallen. Denn die auf Vertrauensschutzaspekten beruhende Entscheidung über Härtefallanträge folgt anderen Grundsätzen als die verfassungsgerichtlich geforderte Auswahlentscheidung zwischen Spielhallen, die zueinander den Mindestabstand nach § 42 Abs. 1 LGlüG nicht einhalten. Die Bevorzugung von Härtefallerlaubnissen führt zudem zu einer nicht mit der Neuregulierung des Glücksspielrechts zu vereinbarenden Privilegierung von Bestandsschutzinteressen.

Zwar ist es möglich, die Kriterien für das Vorliegen einer unbilligen Härte auch im Rahmen der Auflösung einer Konkurrenzsituation zwischen mehreren Bestandsspielhallen heranzuziehen; diese lassen sich der Härtefallklausel des § 51 Abs. 5 Satz 1 Halbsatz 2 und Satz 4 LGlüG hinreichend entnehmen (vgl. StGH, Urteil vom 17.6.2014 - 1 VB 15/13 -, Juris Rn. 357 und 358). Dort ist bestimmt, dass der Schutzzweck des Gesetzes und der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis nach § 33i GewO bei der Entscheidung über Härtefallanträge zu berücksichtigen sind. Des Weiteren sind Anhaltspunkte für einen Härtefall gegeben, wenn eine Anpassung des Betriebes 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.

Trotz des für die Durchführung von Auswahlverfahren eröffneten Rückgriffs auf diese Kriterien unterscheidet sich die Erteilung einer Härtefallerlaubnis grundlegend von der Durchführung eines Auswahlverfahrens zwischen konkurrierenden Spielhallen. Eine behördliche Härtefallentscheidung entbindet deshalb nicht von der Durchführung des verfassungsrechtlich geforderten Auswahlverfahrens in Konkurrenzsituationen.

§ 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG dient allein dazu, bestimmten Spielhallenbetreibern die gewährte Übergangsfrist von fünf Jahren zur Abwicklung ihres Betriebes angemessen zu verlängern, wenn dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist. Die Norm berücksichtigt Fälle, in welchen eine kurzfristige Betriebsaufgabe im Hinblick auf von der Berufsfreiheit oder der Eigentumsfreiheit geschützte Gründe im Einzelfall unverhältnismäßig wäre. Die Vorschrift ist von vornherein nicht darauf gerichtet, den Berechtigten eine dauerhafte oder jedenfalls langfristige Rechtsposition zu vermitteln. Sie verschafft vielmehr nur die Möglichkeit, das durch die gesetzlichen Änderungen beeinträchtigte Vertrauensinteresse zu berücksichtigen und eine etwaige Betriebsaufgabe nicht zu kurzfristig ausfallen zu lassen. Dementsprechend führt die Gesetzesbegründung zu § 51 Abs. 1 Satz 1 bis 4 LGlüG aus, dass die Härtefallklausel je nach den Verhältnissen im Einzelfall eine befristete Suspendierung von den Vorgaben des Verbots der Mehrfachkonzessionen und des Abstandsgebots zu anderen Spielhallen ermöglicht. Damit sollen die betroffenen Gewerbetreibenden in

die Lage versetzt werden, eine Anschlussnutzung der Betriebsräume zum Beispiel als Gaststätte oder mit anderer Zielrichtung zu realisieren (LT-Drs. 15/2431 S. 113).

Eine Härtefallbefreiung ermöglicht lediglich im individuellen Einzelfall die Schaffung des dort notwendigen Verhältnismäßigkeitsausgleichs. Damit sollen atypische, vom Gesetzgeber nicht ausreichend berücksichtigte, besonders gelagerte Fallkonstellationen, in denen die Anwendung der gesetzlichen Vorgaben zu einer nicht intendierten Härte führen würde, einer die widerstreitenden Interessen abwägenden Einzelfallentscheidung zugeführt werden können (vgl. BVerwG, Beschluss vom 4.9.2012 - 5 B 8.12 -, Juris Rn. 8). Infolgedessen kann eine Härtefallbefreiung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG nur für einen angemessenen Zeitraum, also vorübergehend, und nur unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 GlüStV zugelassen werden (so VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 16.4.2018 - 6 S 2250/17 -, Juris Rn. 9). Die Annahme einer unbilligen Härte muss daher auf wenige Ausnahmen in besonders atypischen Einzelfällen beschränkt bleiben. Die Entscheidung über einen Härtefallantrag orientiert sich neben den Schutzziele des § 1 GlüStV ausschließlich an den Umständen des durch die Genehmigung Begünstigten. Eine Berücksichtigung der Interessen anderer Spielhallenbetreiber oder sonstiger Konkurrenten ist dabei weder vorgesehen noch erforderlich.

Dagegen handelt es sich bei der zwischen konkurrierenden Spielhallenbetreibern vorzunehmenden Auswahl um eine vielschichtige Abwägungsentscheidung, die den Schutzzweck der Glücksspielgesetze und die grundrechtlichen Positionen der Spielhallenbetreiber in Einklang bringen muss. Die zuständigen Behörden haben einen Verteilmechanismus anzuwenden, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität ermöglicht. Sie müssen eine Auswahlentscheidung unter Bewerbern treffen, die keine weitere, individuelle Frist zur Verlängerung einer ihnen von Gesetzes wegen bereits gewährten Übergangsfrist erstreben, sondern sich um die Erteilung einer langfristigen, nicht durch individuelle Gründe des Vertrauensschutzes zeitlich begrenzte Erlaubnis bewerben.

Der in der Auswahlentscheidung zu berücksichtigende Schutzzweck des Gesetzes erfordert insbesondere einen Vergleich konkurrierender Spielhallen daraufhin, welche besser geeignet ist, diesen zu erreichen. Unterschiede können sich unter anderem aus

Besonderheiten des Umfelds des jeweiligen Standorts oder aus der Art der zu erwartenden Betriebsführung ergeben. Hierbei ist etwa maßgeblich, inwieweit prognostisch von einem rechtstreuen Verhalten der Spielhallenbetreiber auszugehen ist, also von der Einhaltung von Vorschriften, die gerade die Erreichung der Ziele des § 1 GlüStV sicherstellen sollen (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 10.10.2019 - 4 A 1826/19 -, Juris Rn. 47).

Bei der Durchführung des Auswahlverfahrens ist zugrunde zu legen, dass der Gesetzgeber mit der fünfjährigen Übergangsfrist in § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG die regelmäßig eintretenden wirtschaftlichen Nachteile bei den Betreibern von Spielhallen erfassen und diesen innerhalb der großzügig bemessenen Übergangsfrist einen schonenden Übergang zu den strengeren Regelungen des Staatsvertrags und die Entwicklung alternativer Geschäftsmodelle ermöglichen wollte. Bestands- und Vertrauensschutzgesichtspunkte haben deshalb gegenüber dem Schutzzweck des Gesetzes bereits im Ausgangspunkt ein geringeres Gewicht. Ergibt der Vergleich der konkurrierenden Bewerber, dass ein Spielhallenbetreiber besser Gewähr für die Förderung des Schutzzwecks des Gesetzes als die Konkurrenten bietet, wird daher die Auswahl eines dieser Konkurrenten allein wegen seiner Bestandsschutz- und Vertrauensschutzinteressen in der Regel sachwidrig sein. Bei der Auswahlentscheidung sind die (dauerhaft anzustrebenden) Ziele des § 1 LGLüG in Verbindung mit § 1 GlüStV gegenüber Bestandsschutz- und Vertrauensschutzinteressen, denen im Rahmen von Härtefallentscheidungen vorübergehend Rechnung getragen werden kann, jedenfalls nicht nachrangig (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 - 4 B 256/18 -, Juris Rn. 44 ff.).

Indem der Verwaltungsgerichtshof in der angegriffenen Beschwerdeentscheidung die vorrangige Erteilung von Härtefallerlaubnissen ermöglicht und damit „Härtefall-Spielhallen“ einen Vorzug einräumt, findet eine Abwägungsentscheidung zwischen verschiedenen Konkurrenten nicht statt. Vielmehr konzentriert sich die behördliche Prüfung auf das Vorliegen von Gründen für die Erteilung einer Härtefallerlaubnis für die jeweils betroffene Spielhalle. Ein Vergleich zwischen den verschiedenen Betrieben erfolgt zu keinem Zeitpunkt; insbesondere unterbleibt die behördliche Prognoseentscheidung, welche der Bewerberinnen den Schutzzweck des Landesglücksspielgesetzes bestmöglich erreichen wird. Stattdessen kommt den im

Rahmen der Härtefallprüfung maßgeblichen Vertrauensschutzgesichtspunkten entscheidende Bedeutung zu; diese sind bei einer Auswahlentscheidung jedoch nicht als vorrangig zu betrachten.

Die gerichtlich gebilligte Bevorzugung von Inhabern von Härtefallerlaubnissen erweist sich auch nicht etwa deshalb als verfassungsrechtlich irrelevant, weil durch die Prüfung des Vorliegens der Härtefallvoraussetzungen faktisch die erforderliche Auswahlentscheidung vorgenommen wird. Vielmehr führt die bisherige behördliche Praxis im Ergebnis dazu, dass die Existenz von Spielhallen sich ausschließlich nach den auf Vertrauensschutzgesichtspunkte abstellenden Härtefallkriterien bemisst, deren unmittelbarer Anwendungsbereich sich aber auf eine Konfliktlösung nur zwischen den Interessen des einzelnen Betreibers einerseits sowie dem öffentlichen Interesse an einer zügigen Umsetzung der Ziele der gesetzlichen Neuregelung andererseits beschränkt. Zwar werden die Härtefallkriterien durch deren Heranziehung im Auswahlverfahren auf die Ebene der Konfliktlösung im Verhältnis miteinander konkurrierender Betriebe transferiert. Daraus folgt jedoch nicht, dass Betreiber, die eine Härtefallerlaubnis erlangen können, gleichsam automatisch stets in einem (gedachten oder späteren) Auswahlverfahren obsiegen würden. Denn die nur entsprechend heranzuziehenden Härtefallkriterien sind nicht die einzigen im Rahmen der Bewerberkonkurrenz aussagekräftigen Gesichtspunkte, so dass im jeweiligen Einzelfall je nach konkreten Gegebenheiten weitere Aspekte in die vergleichende Betrachtung einzubeziehen sind. Dadurch wird insbesondere gewährleistet, dass es auf Dauer nicht zu einer mit der Neuregulierung des Glücksspielrechts unvereinbaren Privilegierung von Bestandsschutzinteressen kommt.

Infolgedessen kann eine Härtefallerlaubnis von Verfassungs wegen nicht gemäß § 42 Abs. 2 LGlüG einer Konkurrenzspielhalle entgegengehalten werden, solange das verfassungsrechtlich gebotene Auswahlverfahren zwischen den Mindestabstand zueinander nicht einhaltenden Konkurrenzspielhallen nicht durchgeführt wurde. Dies verletzt Betreiber von Konkurrenzspielhallen ohne Härtefallerlaubnis in ihrem Recht auf chancengleichen Zugang zu einer begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG. Dies gilt umso mehr, als die Erteilung einer Härtefallerlaubnis ohne Durchführung eines Auswahlverfahrens bei gleichzeitigem Verweis einer Konkurrenzspielhalle auf die

Nichteinhaltung des Mindestabstands nach § 42 Abs. 1 LGlüG faktisch dazu führt, dass die „Härtefall-Spielhalle“ sich am kontingentierte Markt behaupten kann und nach Ablauf ihrer Härtefallerlaubnis regelmäßig eine langfristige Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 LGlüG erhält.

Die aktuelle Behördenpraxis führt im Rahmen der durch das Landesglücksspielgesetz faktisch herbeigeführten Kontingentierung zu einer dauerhaften Bevorzugung von Härtefallerlaubnisinhabern bei gleichzeitiger Verdrängung der übrigen Spielhallen im Umkreis von 500 m. Damit ist diese Konstellation mit dem vom Staatsgerichtshof ausdrücklich als verfassungsrechtlich unzulässig erachteten sogenannten „Windhundprinzip“ vergleichbar, wonach derjenige zum Zuge kommt, der zuerst einen entscheidungsreifen Antrag stellt.

(2) Die zur Begründung seiner Rechtsprechung vorgebrachten Argumente des Verwaltungsgerichtshofs vermögen die Verletzung des grundrechtlich geschützten Rechts auf Teilnahme an einem chancengleich ausgestalteten Auswahlverfahren nicht zu rechtfertigen.

Insbesondere der vom Verwaltungsgerichtshof betonte Wunsch des Gesetzgebers nach einer Verringerung der Spielhallendichte sowie der Ausnahmecharakter der Härtefallerlaubnis können die Grundrechtsverletzung nicht rechtfertigen.

Zwar führt eine vorrangige Erteilung von Härtefallerlaubnissen zu einer kurzfristigen Verringerung der Spielhallendichte im Land. Jedoch dient die dargestellte Behördenpraxis auf Dauer nicht der effektiven Durchsetzung der Ziele des Glücksspielstaatsvertrags, darunter die Suchtbekämpfung sowie der Jugend- und Spielerschutz (vgl. § 1 GlüStV). Diese werden langfristig deutlich besser gefördert, wenn nach Ablauf des Härtefallzeitraums der im Rahmen eines Auswahlverfahrens ermittelte, regelmäßig qualitativ bessere Spielhallenstandort bestehen bleibt und nicht der in der Vergangenheit aus individuellen, nur auf den einzelnen Betrieb bezogenen Gründen als Härtefall erkannte. Wie dargestellt führt eine vorrangige Berücksichtigung von Härtefallinteressen in zahlreichen Fällen dazu, dass ein zur Erreichung der Ziele des Staatsvertrags besser geeigneter Standort oder Spielhallenbetreiber dauerhaft vom Glücksspielmarkt verdrängt wird. Nach der bisherigen Praxis wird maßgeblich nur

auf die auf den Spielhallenbetrieb mit Härtefallerlaubnis bezogenen Vertrauensschutzaspekte abgestellt, obwohl diese keinen Schluss darauf zulassen, welche Gewähr für die Durchsetzung der Ziele des Glücksspielstaatsvertrags besteht. Selbst wenn im Anschluss an das Auslaufen der – befristeten – Härtefallerlaubnisse ein Auswahlverfahren zwischen bestehenden Spielhallen durchgeführt wird, findet dieses gegebenenfalls ohne die qualitativ „bessere“ Spielhalle ohne Härtefallerlaubnis statt, weil diese inzwischen ihren Betrieb aufgegeben haben dürfte.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber mit den differenzierten und großzügigen Übergangsfristen in § 51 Abs. 4 LGlüG zum Ausdruck gebracht hat, dass er eine zeitlich verzögerte Verringerung der Spielhallendichte bewusst in Kauf nimmt.

Härtefallerlaubnissen kommt auch nicht der vom Verwaltungsgerichtshof angenommene Ausnahmecharakter zu. Vielmehr nahmen die zuständigen Behörden im Land die in aller Regel Anfang des Jahres 2016 gestellten Anträge (vgl. § 51 Abs. 4 Satz 3 LGlüG) auf Erteilung einer (Härtefall-)Erlaubnis nicht zum Anlass, Auswahlverfahren im Hinblick auf die infolge der gesetzlichen Neuregelung entstandene Verknappungssituation durchzuführen; stattdessen griffen sie regelmäßig auf das Instrument der Härtefallerlaubnis zurück. Infolgedessen geht der Verweis des Verwaltungsgerichtshofs auf den Ausnahmecharakter der Härtefallerlaubnis an der Behördenpraxis im Land vorbei. Maßgeblich zurückzuführen ist diese Praxis auf die Erläuterungen des Wirtschaftsministeriums vom 11. Dezember 2015 („Anwendungshinweise“) und vom 28. Juli 2016 („Frage-Antwort-Katalog“), die Hinweise zur damaligen gesetzlichen Neuregelung enthielten und die Ausübung des Ermessens durch die örtlich zuständigen Behörden im Interesse einer einheitlichen Verwaltungspraxis steuern sollten. Dem war insbesondere zu entnehmen, dass die zuständigen Behörden bei einer Konkurrenz von Spielhallen mit „langem Bestandsschutz“ es „dabei bewenden lassen“ könnten, Härtefallerlaubnisse zu erteilen; eine Auswahlentscheidung müsse die Behörde nicht treffen, wenn sie sämtliche Bewerber, gegebenenfalls mit unterschiedlich langen Zeiträumen, zum Zuge kommen lasse. Bei Härtefallentscheidungen nach § 51 Abs. 5 LGlüG und damit einhergehenden Befristungen sei eine Auswahlentscheidung nicht zwingend (vgl. Anwendungshinweise des Ministeriums für Finanzen und Wirtschaft zum LGlüG für den Bereich der Spielhallen, Stand: 11.12.2015, S. 30 f.).

(3) Entgegen der schriftsächlich und in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung des Wirtschaftsministeriums ergibt sich ein zwingender Vorrang von Härtefallerlaubnissen nicht aus einem einfach-rechtlich klar vorgegebenen Prüfprogramm und damit dem Gesetz selbst. Den maßgeblichen §§ 41 f., 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG lässt sich ein solcher Vorrang nicht entnehmen. Das Landesglücksspielgesetz gibt vielmehr zu erkennen, dass es von einem Ausnahmecharakter der Härtefallerlaubnis ausgeht, indem es eine solche in der Übergangsregelung des § 51 LGlüG und nur befristet für einen angemessenen Zeitraum zur Vermeidung unbilliger Härten ermöglicht. Der aus Gründen des Vertrauensschutzes geschaffene Härtefall tritt neben das „reguläre“ Erlaubnisregime für Spielhallen nach den §§ 41 ff. LGlüG. Das Landesglücksspielgesetz schafft durch den Mindestabstand zwischen Spielhallen nach § 42 Abs. 1 LGlüG eine Konkurrenzsituation, die es von den zuständigen Behörden aufzulösen gilt. Entgegen der Vermutung der Stadt Albstadt geht es vorliegend nicht um die Schaffung einer Auswahl-situation, sondern um die Auflösung einer gesetzgeberisch bewusst herbeigeführten Konkurrenz- und Verknappungslage unter Berücksichtigung grundrechtlicher Positionen.

Auf das Erfordernis einer vorrangigen Durchführung eines Auswahlverfahrens unter Außerachtlassung der Härtefallregelung weist zudem die Fristenregelung des § 51 Abs. 4 Satz 3 LGlüG. Damit wollte der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung dem zu erwartenden Verwaltungsaufwand Rechnung tragen, den die Neuanträge mit sich bringen sollten (vgl. LT- Drs. 15/2431 S. 112). Er nahm damit offenkundig an, dass die zuständigen Behörden die eingegangenen Anträge auf Erteilung einer neuen Spielhallenerlaubnis bereits bis zum 30. Juni 2017 (vgl. § 51 Abs. 4 Satz 1 LGlüG) bearbeiten und bescheiden würden – und zwar, sofern erforderlich, nach Durchführung von Auswahlverfahren. Diese Annahme lag ersichtlich auch der Entscheidung des Staatsgerichtshofs zugrunde (vgl. StGH, Urteil vom 17.6.2014 - 1 VB 15/13 -, Juris Rn. 256 und 382). Dass die ursprüngliche Antragsfrist zum 29. Februar 2017 (im Falle von Spielhallen nach § 51 Abs. 4 Satz 1 LGlüG) durch den Staatsgerichtshof beanstandet und infolgedessen durch den Gesetzgeber auf den 29. Februar 2016 vorverlegt wurde, vermag an der insoweit eindeutigen gesetzgeberischen Intention nichts zu ändern.

(4) Die verfassungsrechtliche Problematik der sogenannten Vorrang-Rechtsprechung erledigt sich nicht mit Ablauf der – zeitlich befristeten – Härtefallerlaubnisse. Vielmehr führt die verwaltungsgerichtliche Billigung der Behördenpraxis, vor Durchführung eines Auswahlverfahrens bezogen auf jede einzelne Spielhalle gesondert das Vorliegen eines Härtefalls zu prüfen und eine Entscheidung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG zu treffen, zu weitreichenden Folgen über die Gültigkeit der Härtefallerlaubnisse hinaus, die mit Verfassungsrecht nicht in Einklang stehen.

Denn das behördliche Vorgehen hat zur Folge, dass alleine die Bejahung oder Versagung eines Härtefalls faktisch über die langfristige Existenz einer Spielhalle in dem von § 42 Abs. 1 LGlüG vorgezeichneten Umfeld entscheidet; Spielhallen, denen eine Härtefallerlaubnis versagt wurde, wird regelmäßig bei der Prüfung ihrer Erlaubnisfähigkeit die Unterschreitung des Mindestabstands nach § 41 Abs. 2 Nr. 2, § 42 Abs. 1 LGlüG zu einer aufgrund einer Härtefallerlaubnis betriebenen Spielhalle entgegengehalten. Dies führt zu der Konsequenz, dass eine Auswahlentscheidung, wie sie vom Staatsgerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht expliziert gefordert wird, in dieser Konstellation regelmäßig zu keinem Zeitpunkt stattfindet. Vielmehr erweist sich die Härtefallprüfung nach § 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG als allein maßgeblich für die Berechtigung zum Spielhallenbetrieb im 500 m-Radius. Diese zentrale Bedeutung der Härtefallerlaubnis erschöpft sich regelmäßig nicht mit deren Ablauf; vielmehr entspricht es – wie auch im Verfahren 1 VB 98/19 – einer verbreiteten Praxis, Spielhallen mit Ablauf der Härtefallerlaubnis im Anschluss langjährige reguläre Erlaubnisse auf Grundlage von § 41 Abs. 1 LGlüG zu erteilen. Denn den „Härtefall-Spielhallen“ kommt zugute, dass die Konkurrenzspielhallen ohne Härtefallerlaubnis ihren Betrieb wegen der ihnen entgegen gehaltenen Unterschreitung des Mindestabstands regelmäßig einstellen müssen und dadurch – ohne Durchführung des von Verfassungs wegen erforderlichen Auswahlverfahrens – dauerhaft vom Markt verdrängt werden.

cc) Unter Zugrundelegung dessen verletzt im Verfahren 1 VB 98/19 der Beschluss des Verwaltungsgerichtshofs vom 26. November 2019 insoweit das Recht der Beschwerdeführerin auf einen chancengleichen Zugang zu einer begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12

Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG, als dieser das Vorgehen der Stadt Albstadt billigt, vor Durchführung eines Auswahlverfahrens zwischen konkurrierenden Spielhallen eine Härtefallerlaubnis zu erteilen und diese der Spielhalle der Beschwerdeführerin sodann entgegen zu halten. Ob die Beschwerdeführerin aus anderen Gründen von der Teilnahme an einem Auswahlverfahren ausgeschlossen werden könnte, etwa wegen des Vorliegens absoluter Versagungsgründe wie beispielsweise einer gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit (§ 41 Abs. 2 Nr. 1 LGlüG in Verbindung mit § 33c Abs. 2 Nr. 1 GewO), spielt hierbei keine Rolle, weil die angegriffene Entscheidung hierauf nicht gestützt worden ist. Gleiches gilt für die Frage, mit welchen Folgen das Verhalten der Beschwerdeführerin seit Antragstellung, insbesondere die nicht nur kurzfristige Betriebsfortführung ohne Erlaubnis oder Duldung, im Rahmen eines von der Stadt Albstadt durchzuführenden Auswahlverfahrens zu berücksichtigen sein wird.

b) Die angegriffenen Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs verletzen auch insoweit das Recht der Beschwerdeführerinnen auf einen chancengleichen Zugang zu einer begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG, als sie ihnen ohne hinreichenden Grund den gesetzlich in § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG eingeräumten Vertrauensschutz gegenüber der Anwendung des Abstandsgebots nach § 42 Abs. 3 LGlüG versagen und damit die Beschwerdeführerinnen von vornherein von der Teilnahme an dem im Hinblick auf § 42 Abs. 1 LGlüG durchzuführenden Auswahlverfahren ausschließen.

aa) Die Privilegierungsregelung des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG erkennt ausweislich der Gesetzesbegründung an, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Landesglücksspielgesetzes „bereits erteilte Erlaubnisse für Spielhallen die Abstandsregelung gegenüber Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern oder Jugendlichen im Sinne von § 42 Absatz 3 nicht berücksichtigen konnten“. „Aus diesem Grund wird die Regelung für solche Erlaubnisse nicht nachträglich angewandt“ (LT-Drs. 15/2431 S. 113). Verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber dieser nicht angegriffenen, dem verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz dienenden Übergangsregelung sind nicht ersichtlich.

bb) In den angegriffenen Entscheidungen nimmt der Verwaltungsgerichtshof eine restriktive Auslegung des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG vor. Ausgangspunkt ist die Annahme, das Landesglücksspielgesetz privilegieren sogenannte Altspielhallen nicht um ihrer selbst willen, sondern trage dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes Rechnung, sofern und soweit sich Inhaber von Spielhallenerlaubnissen nach § 33i GewO hierauf berechtigterweise berufen könnten. Dies manifestiere sich in der Übergangsregelung des § 51 Abs. 3 bis 6 LGlüG, der – unterschiedliche Ausprägungen von Vertrauensschutz berücksichtigend – in einem Stufenverhältnis die Fortgeltung der Erlaubnisse nach § 33i GewO (§ 51 Abs. 4 Satz 1 LGlüG) und darüber hinaus zur Vermeidung unbilliger Härten die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis unter erleichterten Voraussetzungen für einen angemessenen Zeitraum vorsehe (§ 51 Abs. 5 Satz 1 LGlüG). Begebe sich der Betreiber einer Spielhalle des ihm durch das Landesglücksspielgesetz vermittelten Vertrauensschutzes, entfielen die hiermit einhergehenden Privilegierungen. Der Gesetzgeber wolle insbesondere bei einem Betreiberwechsel keinen Vertrauensschutz gewähren, weil der Neubetreiber nie selbst im Besitz einer vertrauensbegründenden Erlaubnis nach § 33i GewO gewesen sei und die Erlaubnis des Vorbetreibers nicht übertragbar sei (vgl. VGH Bad.-Württ., Urteil vom 3.5.2017 - 6 S 306/16 -, Juris Rn. 25, 27 ff.).

Der im Verfahren 1 VB 98/19 angegriffene Beschluss vom 26. November 2019 geht davon aus, dass eine solche Zäsur in gleicher Weise der gesetzlich missbilligte, da ohne die erforderliche Erlaubnis erfolgende Weiterbetrieb einer Spielhalle nach Ablauf der (fingierten) Gültigkeitsdauer einer ursprünglich nach § 33i GewO erteilten Erlaubnis darstelle. Sei die Legalisierung des Spielhallenbetriebs mittels einer Erlaubnis unterbrochen und liege damit keine „nahtlose Fortschreibung“ der Erlaubnis nach § 33i GewO vor, bedürfe es für den Weiterbetrieb der zu Unrecht weiterbetriebenen oder den Wiederbetrieb der zwischenzeitlich eingestellten Spielhalle – wie im Falle des Betreiberwechsels – einer neuen Erlaubnis, in deren Rahmen § 42 Abs. 3 LGlüG ungeschmälert zur Anwendung komme. Der von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG vermittelte Bestands- und Vertrauensschutz entfalle jedenfalls während erlaubnisfreier Zeiten. Es sei 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 solle,

die einst eine Erlaubnis nach § 33i GewO innegehabt habe (vgl. VGH Bad.-Württ., [im hier angegriffenen] Beschluss vom 26.11.2019 - 6 S 199/19 -, Juris Rn. 16; ebenso: Urteil vom 10.2.2022 - 6 S 1922/20 -, Juris Rn. 115).

Der Verwaltungsgerichtshof hat diese sogenannte Zäsur-Rechtsprechung weiter konkretisiert und die Anforderungen an einen fortbestehenden Vertrauensschutz auch in dem im Verfahren 1 VB 156/21 angegriffenen Beschluss vom 7. Oktober 2021 weiter verschärft: Die in § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG vorgesehene Privilegierung von Bestandsspielhallen entfalle demnach dann, wenn die Legalisierung des Spielhallenbetriebs mittels der erforderlichen Erlaubnis unterbrochen und der Betrieb auch nicht aktiv geduldet worden sei. Eine Zäsur sei nur zu verneinen, wenn Betreiber vor Ablauf der Geltungsdauer der erteilten Erlaubnis die nahtlose Neuerteilung beantragten und unmittelbar nach deren Versagung um gerichtlichen Eilrechtsschutz nachsuchten (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 9.9.2021 - 6 S 2716/21 -, Juris Rn. 22 und 28). Gewähre die zuständige Behörde von sich aus keine aktive Duldung hinsichtlich des Weiterbetriebs einer Spielhalle über die Geltungsdauer einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG (i.V.m. § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG) hinaus, obliege es dem Betreiber, eine dahingehende (vorläufige) Verpflichtung der Behörde vor Ablauf der Gültigkeit einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis – beziehungsweise vor Ablauf einer zuvor erteilten zeitlich beschränkten aktiven Duldung – im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes anzustreben, da nur hierüber – im Falle des Obsiegens – eine „nahtlose Fortschreibung“ der innegehabten Erlaubnis denklogisch möglich bleibe. Eine Duldung vermöge eine glücksspielrechtliche Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG in ihrer rechtlichen Qualität zwar nicht zu ersetzen, ein gesetzlich missbilligter Weiterbetrieb einer Spielhalle nach Ablauf der Gültigkeitsdauer der Erlaubnis sei auf einer solchen Grundlage indes nicht zu erkennen (ebenso VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 15.11.2021 - 6 S 2339/21 -, Juris Rn. 13; Urteile vom 9.12.2021 - 6 S 472/20 -, Juris Rn. 54 und vom 10.2.2022 - 6 S 1922/20 -, Juris Rn. 115; Beschluss vom 10.2.2022 - 6 S 3680/21 -, Juris Rn. 14).

In Fällen, in denen – anders als in den hier zugrundeliegenden – die Geltungsdauer einer ausgesprochenen Duldung nicht datumsmäßig bestimmt, sondern an den Eintritt eines für den Antragsteller zeitlich nicht absehbaren Ereignisses geknüpft ist, nimmt

der Verwaltungsgerichtshof an, dass Betroffenen nach Ablauf der Geltungsdauer der Duldung noch eine kurze Reaktionszeit zuzubilligen ist, innerhalb derer der „zur Wahrung der Rechtsposition aus § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG erforderliche Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz“ gestellt werden kann (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 10.2.2022 - 6 S 3680/21 -, Juris Rn. 17).

cc) Diese stark einschränkende Auslegung von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG in den angegriffenen Beschwerdeentscheidungen verletzt die Beschwerdeführerinnen in ihrem Recht auf einen chancengleichen Zugang zu einer begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG. Denn infolgedessen entfällt die vom Gesetzgeber bewusst geschaffene grundsätzliche Privilegierung zugunsten ihrer Spielhallen mit der Konsequenz, dass sie den Mindestabstand zu Kinder- und Jugendeinrichtungen aus § 42 Abs. 3 LGlüG gegen sich gelten lassen müssen. Dies führt insbesondere in Konkurrenzsituationen – wie den hier vorliegenden – zu einer unangemessenen Beschränkung der Berufsfreiheit, weil dadurch bereits von vornherein und ohne hinreichenden Grund die Teilnahme an einem Auswahlverfahren zwischen untereinander den Mindestabstand nach § 42 Abs. 1 LGlüG nicht einhaltenden Spielhallen versagt wird.

(1) Wie bereits dargestellt normiert § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG aus Gründen des Vertrauensschutzes eine Privilegierung von Altspielhallen gegenüber Neuvorhaben, die uneingeschränkt an die seit Inkrafttreten des Landesglücksspielgesetzes am 29. November 2012 geltenden Vorgabe, dass Spielhallen einen Mindestabstand zu Einrichtung zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen einzuhalten haben, gebunden sind. Der Gesetzgeber hat gleichwohl zu erkennen gegeben, dass dieser Vertrauensschutz nicht unbegrenzt Geltung erlangen soll; die Gesetzesbegründung betont insoweit jedoch lediglich, dass § 42 Abs. 3 LGlüG ungeschmälert zur Anwendung komme, wenn ein solcher Betrieb den Inhaber wechsle und damit eine neue Erlaubnis erforderlich werde (LT-Drs. 15/2431 S. 113). Bei der Neuordnung des Glückspielrechts hat sich der Landesgesetzgeber hinsichtlich des Mindestabstands zu Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen mit der Einführung von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG entschieden, die bisherige Rechtsposition von Bestandsspielhallen grundsätzlich zu konservieren (vgl. zu dieser Möglichkeit StGH, Urteil vom 17.6.2014 - 1 VB 15/13 -, Juris Rn. 437) – und zwar ohne Einführung einer

Fristenregelung, wodurch er eine zeitlich unbegrenzte Privilegierung von Alterlaubnisinhabern hinsichtlich § 42 Abs. 3 LGlüG durchaus in Kauf nimmt. Indem er mit § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG Spielhallen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes über eine (alte) Erlaubnis nach § 33i GewO verfügten, von der Geltung des Mindestabstands nach § 42 Abs. 3 LGlüG suspendiert, gibt er zu erkennen, dass er dem Vertrauen auf den Fortbestand der bis zum Inkrafttreten des Landesglücksspielgesetzes bestehenden Rechtslage (ohne erforderlichen Mindestabstand zu den genannten Einrichtungen) einen grundsätzlich unbefristeten Vorrang vor der uneingeschränkten Geltung der Neuregelung einräumt. Entfällt dieses schutzwürdige Vertrauen, besteht nach Auffassung des Gesetzgebers keine Veranlassung mehr, den grundsätzlich bereits seit 29. November 2012 nach § 42 Abs. 3 LGlüG einzuhaltenden Mindestabstand nicht uneingeschränkt zur Geltung kommen zu lassen.

(2) Vor diesem Hintergrund erweist sich die Annahme des Verwaltungsgerichtshofs, der durch § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG vermittelte Schutz in das Vertrauen in die frühere Rechtslage ohne Mindestabstandsgebot bestehe nur im Falle einer „nahtlosen Fortschreibung“ der Erlaubnis, als verfassungsrechtlich vertretbar. Wird erst nach Ablauf einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis (bzw. nach Ablauf der Antragsfrist aus § 51 Abs. 4 Satz 3 LGlüG) deren Neuerteilung beantragt, können sich die jeweiligen Betreiber im Zeitpunkt des Antrags nicht mehr auf einen aktuellen und in die Zukunft wirkenden Vertrauenstatbestand in Gestalt einer wirksamen Genehmigung berufen; diese Situation entspricht dem Fall eines – vom Gesetzgeber ausdrücklich in den Blick genommenen – Inhaberwechsels. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der bereits seit mehreren Jahren in Kraft getretenen Neuregelung des Glücksspielrechts und dem Wissen der Altinhaber um die begrenzte Geltungsdauer ihrer Erlaubnisse nach § 33i GewO (vgl. § 41 Abs. 1, § 51 Abs. 4 LGlüG).

(3) Verfassungsrechtlich unhaltbar ist jedoch die Bedeutung, die der Verwaltungsgerichtshof in diesem Kontext behördlichen Duldungen und deren Fehlen zukommen lässt. Wie dargestellt nimmt er an, das schutzwürdige Vertrauen auf die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage entfalle auch dann, wenn nach Versagung oder Ablauf einer glücksspielrechtlichen (Härtefall-)Erlaubnis beziehungsweise Duldung keine ausdrückliche (weitere) behördliche Duldung des Spielhallenbetriebs erteilt wird;

sei dies der Fall, müssten Betroffene für deren Erlangung rechtzeitig (also vor Ablauf der bisherigen Erlaubnis beziehungsweise Duldung) um gerichtlichen Eilrechtsschutz ersuchen. Unterbleibe dies, entfalle das Vertrauen in die Weitergeltung der alten Rechtslage, weil dann keine „nahtlose Fortschreibung“ der innegehabten Erlaubnis mehr möglich sei. Für den Wiederbetrieb der Spielhalle bedürfe es dann einer neuen Erlaubnis, in deren Rahmen § 42 Abs. 3 LGlüG ungeschmälert zur Anwendung komme.

Damit schreibt der Verwaltungsgerichtshof behördlichen Duldungen eine Bedeutung zu, die den vom Gesetzgeber bewusst geschaffenen Regelungsgehalt der Übergangsregelung von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG verkennt und in deren Wortlaut keinerlei Bezug findet. Er schafft dadurch einen Differenzierungsgrund für das Bestehen der Privilegierung, der jeder einfach-rechtlichen Anknüpfung entbehrt. Beantragen Betreiber rechtzeitig, also vor Ablauf einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis bzw. der Antragsfrist aus § 51 Abs. 4 Satz 3 LGlüG, eine Erlaubnis nach § 41 LGlüG, haben sie das ihnen Mögliche getan, um eine solche Fortschreibung zu erreichen. Im Falle einer behördlichen Ablehnung des Antrags besteht die Möglichkeit der Einleitung eines Widerspruchs- und gegebenenfalls Klageverfahrens, ohne dass infolge der – noch nicht bestandskräftigen – Ablehnung ihres Antrags bereits von einer die Anwendung von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG ausschließenden Zäsur auszugehen ist. In diesem Fall (sowie bei behördlicher Untätigkeit) besteht nach Ablauf der bisherigen Erlaubnis oder Duldung keine rechtliche Grundlage für einen Weiterbetrieb der Spielhalle, so dass diese zu schließen ist. Ob Betreiber zusätzlich um Eilrechtsschutz ersuchen, ist lediglich von Bedeutung für die Frage des tatsächlichen Weiterbetriebs der Spielhalle und liegt damit im unternehmerischen Ermessen der Betreiber, das maßgeblich auch von außerhalb rechtlicher Erwägungen liegenden Aspekten gelenkt werden kann (zum Beispiel Personalengpässen oder auslaufenden Leasingverträgen für Spielgeräte). Dieser rein tatsächliche Weiterbetrieb auf Grundlage einer – im Wege des Eilrechtsschutzes zu erstreitenden – behördlichen Duldung ist zu trennen von der Rechtsfrage nach einer „nahtlosen Fortschreibung“ einer Erlaubnis nach § 33i GewO. Der Erfolg oder Misserfolg des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens sagt nichts über die rechtliche Kontinuität einer bisherigen Erlaubnis aus. Denn der Ausgang des Verfahrens kann von zahlreichen rechtlichen

wie tatsächlichen Aspekten beeinflusst werden, die nicht zwingend dauerhafter Natur sind.

Wird eine Spielhallenerlaubnis erst nach Beschreiten des Rechtswegs in der Hauptsache erteilt, ohne dass sich Betreiber zwischenzeitlich im Wege des Eilrechtsschutzes um eine Duldung bemüht und ihren Spielhallenbetrieb deshalb zunächst eingestellt haben, tritt allein dadurch keine rechtliche Zäsur, sondern lediglich eine Unterbrechung des tatsächlichen Spielhallenbetriebs ein. Warum diese tatsächliche Unterbrechung des Betriebs während eines laufenden, rechtzeitig beantragten Verwaltungsverfahrens zu einem Verlust des Vertrauensschutzes führen soll, erschließt sich nicht. Eine Fortschreibung der bisherigen Erlaubnis ist auch dann weiterhin möglich. Kommt es damit für die Frage nach einer Kontinuität der bisherigen Erlaubnis nicht auf das Vorliegen einer behördlichen Duldung an, stellen sich auch Fragen über das „ob“ und „wann“ des Begehrens gerichtlichen Eilrechtsschutzes zur Erlangung einer solchen nicht. Indem der Verwaltungsgerichtshof Betreiber, die sich nicht – oder nicht rechtzeitig – um die Erteilung einer Duldung im Wege des gerichtlichen Eilrechtsschutzes bemühen, grundsätzlich vom Schutz des Vertrauens in eine bestehende Erlaubnis einschließlich der damit einhergehenden Privilegierung hinsichtlich § 42 Abs. 3 LGLüG ausnimmt, obwohl diese rechtzeitig einen Erlaubnisantrag gestellt haben, der noch nicht bestandskräftig abgelehnt wurde, verkürzt er eine vom Gesetzgeber bewusst geschaffene Rechtsposition. Nichts anderes gilt im Falle eines rechtswidrigen Weiterbetriebs einer Spielhalle nach Ablauf der Gültigkeit ihrer Erlaubnis, wenn die Betreiber rechtzeitig einen Antrag auf Neuerteilung oder Verlängerung gestellt haben. Ein solches rechtswidriges Verhalten mag sonstige Konsequenzen für die Entscheidung über den Antrag haben, ist jedoch nicht geeignet, den gesetzlich angenommenen Vertrauensschutz von Bestandsspielhallen entfallen zu lassen.

dd) Im Verfahren 1 VB 98/19 trifft die Zäsur-Rechtsprechung zu § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG auf die durch den Verwaltungsgerichtshof gebilligte vorrangige Erteilung von Härtefallerlaubnissen vor bzw. ohne Durchführung eines Auswahlverfahrens. Dadurch kommt es zu einer weiteren Verschärfung der ohnehin bestehenden Verdrängungssituation zu Lasten von Spielhallenbetreibern ohne Härtefallerlaubnis, wie der Beschwerdeführerin. Wie dargestellt, bestand ein gesteigertes Bedürfnis von

Spielhallenbetreibern, gegen die Ablehnung einer Härtefallbefreiung gerichtlichen Hauptsache- und Eilrechtsschutz in Anspruch zu nehmen, weil sie ansonsten Gefahr liefen, dass ihrem Antrag die Unterschreitung des Mindestabstands zu einer Spielhalle mit erteilter Härtefallerlaubnis entgegengehalten wurde und sie dadurch dauerhaft ihren Betrieb aufgeben mussten. Wird einer Spielhalle im Rahmen dieses auf vorläufige Duldung gerichteten gerichtlichen Eilverfahrens mangels „nahtloser Fortschreibung“ ihrer Erlaubnis die Unterschreitung des Mindestabstands zu Kinder- und Jugendeinrichtungen nach § 42 Abs. 3 LGLüG entgegengehalten, besteht keine Möglichkeit einer Teilnahme an einem Auswahlverfahren und es kommt zu einem Ausschluss vom legalen Spielhallenmarkt noch während des laufenden Hauptsacheverfahrens. Damit wird das grundrechtlich aufgeladene Spannungsverhältnis zwischen konkurrierenden Spielhallenbetreibern weiter verschärft.

Mit seiner Zäsur-Rechtsprechung übersteigert der Verwaltungsgerichtshof daher auch die Funktion des einstweiligen Rechtsschutzes unter Aushöhlung des Hauptsacheverfahrens. Da es für die Privilegierung aus § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofs maßgeblich darauf ankommt, ob Betreiber sich rechtzeitig im Wege gerichtlichen Eilrechtsschutz um eine vorläufige Duldung ihres Betriebs bemüht haben, erweist sich der Umstand eines nicht rechtzeitigen beziehungsweise gänzlich unterbliebenen vorläufigen Duldungsbegehrens als (mit-)entscheidend für die Frage nach dem Bestehen eines materiellen Erlaubnisanspruchs (anschaulich: VGH Bad.-Württ., Urteile vom 9.12.2021 - 6 S 472/20 -, Juris und vom 10.2.2022 - 6 S 1922/20 -, Juris). In letzter Konsequenz kommt damit die Aufgabe der endgültigen Klärung der Rechtslage nicht mehr dem Hauptsacheverfahren zu; vielmehr wird diese auf das Eilrechtsschutzverfahren vorverlagert, dessen Funktion sich jedoch grundsätzlich in einer vorläufigen Sicherung von Rechtspositionen erschöpft. Diese weitgehende Verlagerung der gerichtlichen Überprüfung des Bestandsschutzes aus § 51 Abs. 5 Satz 5 in Verbindung mit § 42 Abs. 3 LGLüG in den vorläufigen Rechtsschutz kann nicht im Wege einer gesteigerten gerichtlichen Prüfungsintensität in diesen Verfahren ausgeglichen werden (so jedoch VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 4.8.2022 - 6 S 389/22 -, Juris Rn. 3). Denn die Übersteigerung des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens erweist sich ausschließlich als Folge der eigenen Zäsur-Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs und nicht als Konsequenz anderer

tatsächlicher oder rechtlicher Gegebenheiten (z.B. dem vom Bundesverfassungsgericht gebilligten beamtenrechtlichen Grundsatz der Ämterstabilität [vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 16.12.2015 - 2 BvR 1958/13 -, BVerfGE 141, 56]).

ee) In beiden Verfassungsbeschwerdeverfahren waren die Beschwerdeführerinnen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Landesglücksspielgesetzes am 29. November 2012 Inhaberinnen von Erlaubnissen nach § 33i GewO: Die Beschwerdeführerin des Verfahrens 1 VB 156/21 zuletzt seit dem 5. August 2008 und die Beschwerdeführerin des Verfahrens 1 VB 98/19 seit dem 16. April 2004. Beide Spielhallen unterschreiten unbestritten den Mindestabstand zu Kinder- und Jugendeinrichtungen nach § 42 Abs. 3 LGlüG. Im Verfahren 1 VB 98/19 hat die Beschwerdeführerin bereits im Februar 2017 und damit fristgerecht nach § 51 Abs. 4 Satz 3 LGlüG einen Antrag auf Erlaubniserteilung gestellt und nach deren Versagung den (Hauptsache-)Rechtsweg beschritten. Daran vermag der Umstand des zeitweisen missbilligten Weiterbetriebs der Spielhalle nichts zu ändern. Die Beschwerdeführerin im Verfahren 1 VB 156/21 hat am 26. April 2021 und damit vor Auslaufen ihrer Härtefallerlaubnis am 30. Juni 2021 einen Antrag für eine ab dem 1. Juli 2021 geltende Erlaubnis gestellt; gegen die Ablehnung durch den Bescheid vom 1. Juli 2021 geht sie vor.

Gleichwohl ging der Verwaltungsgerichtshof in den hier angegriffenen Beschwerdeentscheidungen davon aus, dass eine „nahtlose“ Fortschreibung der Alterlaubnisse ausscheide und den Beschwerdeführerinnen deshalb die Privilegierung des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG nicht zugutekomme, so dass sie wegen der Unterschreitung des Mindestabstands zu Kinder- und Jugendeinrichtungen an der Teilnahme an einem Auswahlverfahren zwischen Konkurrenzspielhallen ausgeschlossen seien. Unter Zugrundelegung der dargestellten verfassungsrechtlichen Maßstäbe verletzt dies die Beschwerdeführerinnen in ihrem Recht auf chancengleichen Zugang zu einer begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG.

3. a) Die Eigentumsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1 GG führt – soweit ihr Schutzbereich denn hier eröffnet ist – hinsichtlich der beruflichen Nutzung des Eigentums jedenfalls nicht zu einem weitergehenden Schutz der

Spielhallenbetreiber als die Berufsfreiheit (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 -, BVerfGE 145, 20, Rn. 169, Juris Rn. 169; ähnlich BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 6.12.2016 - 1 BvR 2821/11 u.a. -, BVerfGE 143, 246, Rn. 391, Juris Rn. 391 und StGH, Urteil vom 17.6.2014 - 1 VB 15/13 -, Juris Rn. 350 und Rn. 379).

b) Soweit die Verfassungsbeschwerden neben der Verletzung ihres Rechts auf chancengleichen Zugang aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG überhaupt eine eigenständige Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes rügen, sind darüber hinausgehende gleichheitsrechtliche Bedenken vorliegend nicht ersichtlich.

c) Auf die im Verfahren 1 VB 98/19 aufgeworfene Frage, ob die Auffassung des Verwaltungsgerichtshofs, wonach eine Anfechtung einer an einen Konkurrenten erteilten Härtefallerlaubnis innerhalb des von § 42 Abs. 1 LGLüG gezeichneten Radius von 500 m mangels drittschützender Wirkung ausgeschlossen ist, eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 67 Abs. 1 LV darstellt, kommt es vorliegend nicht an.

Da der vom Verwaltungsgerichtshof gebilligte Vorrang von Härtefallerlaubnissen verfassungswidrig ist und das Recht auf chancengleichen Zugang die vorrangige Durchführung eines Auswahlverfahrens unter konkurrierenden Spielhallen erfordert, bevor im Anschluss über Härtefallanträge zu befinden ist, erweist sich eine fehlende Drittanfechtungsmöglichkeit von (ausschließlich nachrangig erteilten) Härtefallerlaubnissen als verfassungsrechtlich beanstandungsfrei. Denn durch eine solche Härtefallerlaubnis werden keine subjektiven Rechte von Konkurrenten verletzt, weil sie ihnen nicht über § 42 Abs. 1 LGLüG entgegengehalten werden kann. Im Gegensatz dazu löst eine glücksspielrechtliche Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 LGLüG, die einem Spielhallenbetreiber als Ergebnis eines Auswahlverfahrens erteilt wird, gegenüber den unterlegenen Konkurrenten das Mindestabstandsgebot aus und berührt diese dadurch in ihren Rechten.

D.

Die Verfahren sind kostenfrei (§ 60 Abs. 1 Satz 1 VerfGHG). Die vollumfängliche Auslagenerstattung folgt aus § 60 Abs. 4 VerfGHG, da die Beschwerdeführerinnen trotz des nur teilweisen Obsiegens ihr wesentliches Verfahrensziel erreicht haben (vgl. StGH, Urteil vom 17.6.2014 - 1 VB 15/13 -, Juris Rn. 491 m.w.N.).

gez. Prof. Dr. Graßhof

gez. Dr. Mattes

gez. Gneiting

gez. Fridrich

gez. Leßner

gez. Prof. Dr. Seiler

gez. Prof. Dr. Jäger

gez. Reger

gez. Prof. Dr. Abels