

1. Vor der Aufnahme einer erlaubnispflichtigen Gewerbetätigkeit ist zwar ganz regelmäßig der reguläre Abschluss des Erlaubnisverfahrens abzuwarten. Ein Ausnahmefall, in dem ein Spielhallenbetrieb ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis zu dulden sein kann, kann insbesondere aus Gründen effektiven Rechtsschutzes anzunehmen sein oder sich daraus ergeben, dass die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen offensichtlich, d. h. ohne weitere Prüfung erkennbar, erfüllt sind.
2. Seit dem 1.7.2021 ist es nach dem Willen des nordrhein-westfälischen Gesetzgebers nicht mehr ohne Weiteres gerechtfertigt, Duldungen für miteinander konkurrierende Spielhallen auszusprechen, zwischen denen die Behörde eine Auswahl zu treffen hat, wenn alle übrigen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt sind. Wird insbesondere auch nach neuem Recht eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren bis zum 30.6.2021 erlaubten Spielhallen erforderlich und wird eine solche Entscheidung vor dem 30.6.2022 nicht bestandskräftig, so besteht aus Gründen effektiven Rechtsschutzes zur Vermeidung bußgeld- und/oder strafrechtlicher Konsequenzen Raum für die Annahme eines Duldungsanspruchs für die Dauer des Verfahrens über die Erteilung einer Erlaubnis, wenn eine gerichtliche Klärung bis zum 30.6.2022 nicht möglich war (Fortführung von OVG NRW, Beschluss vom 24.3.2022 – 4 B 1522/21 –, juris, Rn. 23 ff.).
3. Mit dem Landesausführungsgesetz in der ab dem 1.7.2021 geltenden Fassung hat der Gesetzgeber in § 18 Abs. 2 AG GlüStV NRW ein Fortgelten nur der bis zum 30.6.2021 befristeten und bis zu diesem Tag nicht aufgehobenen Spielhallenerlaubnisse bis zur Erteilung einer neuen Erlaubnis nach § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW oder bis zur Antragsablehnung vorgesehen, längstens aber bis zum 30.6.2022, und zwar auch nur, sofern die Betreiberin oder der Betreiber der Spielhalle bis zum 31.7.2021 einen Antrag auf Erteilung der Erlaubnis bei der zuständigen Behörde gestellt hat. Insoweit unterscheidet das neue Recht nicht mehr danach, ob am 30.6.2021 wirksame Erlaubnisse nach altem Recht regulär oder im Wege einer Härtefallbefreiung erteilt worden waren.
4. Selbst wenn danach Raum für eine Duldung besteht, kommt eine solche aus Gründen effektiven Rechtsschutzes nur in Betracht, wenn entweder die Rechtmäßigkeit einer erfolgten Auswahlentscheidung bereits bei summarischer Prüfung durchgreifenden Zweifeln unterliegt oder eine Auswahlentscheidung noch gar nicht ergangen ist und eine Auswahl der Spielhalle, für die die Duldung begehrt wird, bei einer noch vorzunehmenden Auswahl ernsthaft in Betracht kommt.
5. Die in die Auswahlentscheidung einzustellenden Kriterien (Auswahlparameter) lassen sich dem Gesetz entnehmen und wurden durch die die Behörde bindenden Erlasse näher konturiert. Im Vergleich zum früheren Recht gilt lediglich die Besonderheit, dass bereits der Staatsvertragsgesetzgeber die Regelungen zum Übergang zu den mit dem Ersten Glücksspielstaatsvertrag im Jahr 2012 eingeführten Abstandsgeboten einschließlich der gestaffelt befristeten Härtefallregelung für atypische Ausnahmefälle in die Neuregelung von § 29 GlüStV 2021 nicht mehr übernommen hat (Fortführung der nach altem Recht entwickelten Grundsätze durch OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 –, juris, Rn. 25 ff.).

6. Die Frage, ob eine Spielhalle die einzige Einnahmequelle des jeweiligen Spielhallenbetreibers darstellt, kann nur nachrangig bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt werden, nicht aber gleichrangig. Dasselbe gilt für Vertrauensschutzgesichtspunkte.
7. Eine etwaige Bindungswirkung der einem Spielhallenbetreiber erteilten glücksspielrechtlichen Erlaubnis und eine hierauf bezogene gegenüber einem Konkurrenten eingetretene Bestandskraft berührt nicht seinen Bewerbungsverfahrensanspruch, wenn er rechtzeitig die Ablehnung seines eigenen Erlaubnisantrags angefochten hat.

GlüStV 2021 § 24
AG GlüStV NRW § 16
AG GlüStV NRW § 18 Abs. 2
VwGO § 123

OVG NRW, Beschluss vom 16.8.2023 – 4 B 959/22 –;
I. Instanz: VG Düsseldorf – 3 L 1115/22 –.

Die Beteiligten stritten über die Duldung von Spielhallen. Die Antragsgegnerin hatte für die Spielhallen der Antragstellerin bis Ende Juni 2021 befristete Erlaubnisse erteilt und sie seitdem bis zum Abschluss des neuen Auswahlverfahrens geduldet. Die von dem Beigeladenen betriebene Spielhalle wurde ebenfalls geduldet. Im März 2022 erging die Auswahlentscheidung zugunsten des Beigeladenen; der Erlaubnisantrag der Antragstellerin wurde Ende April 2022 abgelehnt. Die Antragsgegnerin legte ein aus zwölf Nummern bestehendes Wägungsschema zugrunde, von denen Nr. 2 auf die Übersendung eines Spielerschutzberichts und Nr. 12 auf weitere Standorte eines Spielhallenbetreibers im Stadtgebiet abstellte. Daraufhin ersuchte die Antragstellerin im Mai 2022 um einstweiligen Rechtsschutz und begehrte mit Blick auf die Strafbarkeit illegalen Glücksspiels von der Antragsgegnerin die aktive Duldung ihrer Spielhallen bis zur Entscheidung über ihre Klage in der Hauptsache. Ihr Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung wurde in erster Instanz abgelehnt und hatte in zweiter Instanz überwiegend Erfolg.

Aus den Gründen:

Nachdem die Beteiligten das Beschwerdeverfahren im Hinblick auf die Duldung des Fortbetriebs der Spielhalle 2 übereinstimmend für in der Hauptsache erledigt erklärt haben, ist das Verfahren in entsprechender Anwendung der §§ 87a Abs. 1 und 3, 92 Abs. 3 Satz 1 VwGO einzustellen.

Im Übrigen ist der verbleibende Antrag,

die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den Betrieb der Spielhalle 1 einstweilen zu dulden,

nach Prüfung der gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO dargelegten Gründe zulässig und in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO sind einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund sind glaubhaft zu machen, § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. den §§ 920 Abs. 2, 294 Abs. 1 ZPO.

Die Antragstellerin hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang einen Anordnungsanspruch (unten 1.) und einen Anordnungsgrund (unten 2.) glaubhaft gemacht.

1. Vor der Aufnahme einer erlaubnispflichtigen Gewerbetätigkeit ist ganz regelmäßig der reguläre Abschluss des Erlaubnisverfahrens abzuwarten.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 24.3.2022 – 4 B
1522/21 –, juris, Rn. 16 f., m. w. N.

Ein Ausnahmefall, in dem ein Spielhallenbetrieb ohne die hierfür erforderliche Erlaubnis zu dulden sein kann, kann insbesondere aus Gründen effektiven Rechtsschutzes anzunehmen sein oder sich daraus ergeben, dass die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen offensichtlich, d. h. ohne weitere Prüfung erkennbar, erfüllt sind.

Seit dem 1.7.2021 ist es nach dem Willen des nordrhein-westfälischen Gesetzgebers nicht mehr ohne Weiteres gerechtfertigt, Duldungen für miteinander konkurrierende Spielhallen auszusprechen, zwischen denen die Behörde eine Auswahl zu treffen hat, wenn alle übrigen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt sind. Eine solche Duldung kann in Nordrhein-Westfalen aus Gründen effektiven Rechtsschutzes über die gesetzlich vorgesehenen Fälle fortgeltender Erlaubnisse nach § 18 Abs. 2 AG GlüStV NRW (längstens bis zum 30.6.2022) und Duldungen nach § 18 Abs. 3 AG GlüStV NRW (bis zum 31.12.2022) hinaus aber etwa dann geboten sein, wenn Konkurrenzsituationen nach

Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist nach § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV a. F. vor Inkrafttreten der Neuregelung am 1.7.2021 nicht mehr abschließend aufgelöst werden konnten, obwohl der die Duldung begehrende Spielhallenbetreiber das ihm Mögliche zur Erlangung einer eigenen Spielhallenerlaubnis getan, insbesondere rechtzeitig um gerichtlichen Rechtsschutz nachgesucht hatte. Wird insbesondere auch nach neuem Recht eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren bis zum 30.6.2021 erlaubten Spielhallen erforderlich und wird eine solche Entscheidung vor dem 30.6.2022 nicht bestandskräftig, so besteht aus Gründen effektiven Rechtsschutzes Raum für die Annahme eines Duldungsanspruchs für die Dauer des Verfahrens über die Erteilung einer Erlaubnis, wenn eine gerichtliche Klärung bis zum 30.6.2022 nicht möglich war. Wenn hingegen für eine Spielhalle, für die auch nach neuer Rechtslage ein noch immer ungelöster Abstandskonflikt zu einer anderen Spielhalle besteht, nicht einmal der Versuch unternommen worden ist, rechtzeitig eine Erlaubnis erforderlichenfalls mit gerichtlicher Hilfe zu erlangen, ist allenfalls noch in besonders gelagerten Sonderfällen Raum für die Annahme eines Duldungsanspruchs für die Dauer des Verfahrens über die Erteilung einer Erlaubnis.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 24.3.2022 – 4 B 1522/21 –, juris, Rn. 23 ff., m. w. N.

Mit dem Landesausführungsgesetz in der ab dem 1.7.2021 geltenden Fassung hat der Gesetzgeber angesichts der zum früheren Recht geführten und ihm mithin bekannt gewordenen zahlreichen Rechtsstreitigkeiten bezogen auf das Vorliegen von Härten insbesondere, aber nicht nur bei Verbundspielhallen Rechtsfrieden herstellen wollen. Deshalb hat er zum einen für mindestens seit dem 1.1.2020 bestehende Verbundspielhallen in § 17a AG GlüStV NRW statt der weggefallenen Härteregelung eine neue gleichfalls ausdrücklich (nur) dem Bestandsschutz dienende Neuregelung geschaffen, von der die seit dem Stichtag tatsächlich betriebenen Spielhallen unabhängig von ihrer früheren Rechtmäßigkeit oder Erlaubnisfähigkeit nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV a. F. profitieren sollten. Zum anderen hat er in § 18 Abs. 2 AG GlüStV NRW ein Fortgelten nur der bis zum 30.6.2021 befristeten und bis zu diesem Tag nicht aufgehobenen Spielhallenerlaubnisse bis zur Erteilung einer neuen Erlaubnis nach § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW oder bis zur Antragsablehnung vorgesehen, längstens aber bis zum 30.6.2022, und zwar auch nur, sofern die Betreiberin oder der Betreiber der Spielhalle

bis zum 31.7.2021 einen Antrag auf Erteilung der Erlaubnis bei der zuständigen Behörde gestellt hat. Auch insoweit unterscheidet das neue Recht nicht mehr danach, ob am 30.6.2021 wirksame Erlaubnisse nach altem Recht regulär oder im Wege einer Härtefallbefreiung erteilt worden waren.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 24.3.2022 – 4 B 1522/21 –, juris, Rn. 33 ff.; LT-Drs. 17/12978, S. 91 f., 94.

Der Gesetzgeber hat auch bei Vorliegen einer alten Erlaubnis mit Geltung bis zum 30.6.2021 und fristgerechter Antragstellung aber einen erheblichen Anreiz für die Antragsteller geschaffen, von sich aus so schnell wie möglich alle Erlaubnisvoraussetzungen zu erfüllen, weil die von Gesetzes wegen bestimmte Fortgeltung der Erlaubnis jedenfalls am 30.6.2022 (§ 18 Abs. 2 AG GlüStV NRW) endete.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 24.3.2022 – 4 B 1522/21 –, juris, Rn. 37.

Wer die gegebenen Möglichkeiten nicht erfolgreich ausgeschöpft hat, eine Erlaubnis zu erhalten oder erforderlichenfalls rechtzeitig gerichtlich einzufordern, hat entsprechend der aus den Übergangsbestimmungen der §§ 17a, 18 AG GlüStV NRW erkennbaren gesetzlichen Wertung nach Ablauf aller Übergangsregelungen seinen nach altem Recht erworbenen Bestandsschutz eingebüßt, soweit sich nicht aus § 17a AG GlüStV NRW für mitantragstellende Spielhallen oder aus § 18 Abs. 1 AG GlüStV NRW bezogen auf Abstände zu Schulen sowie Kinder- und Jugendhilfeeinrichtungen etwas anderes ergibt. Er ist im Rahmen einer auch nach neuem Recht zu treffenden Auswahlentscheidung bei bestehender Abstandskonkurrenz mehrerer Spielhallen wie ein Antragsteller einer neuen Spielhalle anzusehen, der unter Strafdrohung nach § 284 StGB seinen Betrieb erst mit Erteilung einer Erlaubnis (wieder) aufnehmen darf.

Vgl. bereits OVG NRW, Beschluss vom 24.3.2022 – 4 B 1522/21 –, juris, Rn. 38.

Selbst wenn danach Raum für eine Duldung besteht, kommt eine solche aus Gründen effektiven Rechtsschutzes nur in Betracht, wenn entweder die Rechtmäßigkeit einer erfolgten Auswahlentscheidung bereits bei summarischer Prüfung durchgreifenden Zweifeln unterliegt oder eine Auswahlentscheidung noch gar nicht ergangen ist und

eine Auswahl der Spielhalle, für die die Duldung begehrt wird, bei einer noch vorzunehmenden Auswahl ernsthaft in Betracht kommt.

Ausgehend hiervon ist ein Duldungsanspruch im gegebenen Fall aus Gründen effektiven Rechtsschutzes anzunehmen. Die Antragstellerin hat, nachdem ihr die Auswahlentscheidung am 3.5.2022 bekannt gegeben worden war, am 11.5.2022 – und damit noch rechtzeitig vor Auslaufen der in § 18 Abs. 2 AG GlüStV NRW vorgesehenen längsten Übergangsfrist bis zum 30.6.2022 – um umgehende gerichtliche Klärung nachgesucht. Dennoch war eine gerichtliche Klärung selbst in einem Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes bis zum 30.6.2022 nicht erfolgt. Die Duldung ist hier geboten, weil sich – wie im Folgenden dargelegt – bereits im Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ergibt, dass die Auswahl zwischen der Antragstellerin und dem Beigeladenen nicht nur offensichtlich rechtswidrig war, sondern anhand des von der Antragsgegnerin herangezogenen und vom Rat beschlossenen Wägungsschemas, soweit es mit der neuen Rechtslage noch in Einklang steht, die Antragstellerin anstelle des Beigeladenen hätte ausgewählt werden müssen.

Die Ablehnung des Antrags der Antragstellerin auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis wird sich im Hauptsacheverfahren aller Voraussicht nach als rechtswidrig erweisen [unten a)]. Es besteht aber kein Anspruch auf Duldung der Spielhalle 1 bis zu einer Entscheidung über das Hauptsacheverfahren, sondern nur bis zu einer möglicherweise früher erfolgenden erneuten Bescheidung des Erlaubnisanspruchs [unten b)].

a) Die der Ablehnung des Antrags der Antragstellerin auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis mit Bescheid vom 27.4.2022 zugrunde liegende Auswahlentscheidung zwischen dem Betrieb der Antragstellerin in der I. Straße 25 und dem Betrieb des Beigeladenen in der I. Straße 13 wird sich im Hauptsacheverfahren aller Voraussicht nach als rechtswidrig erweisen.

Die aufgrund der Unterschreitung der Mindestabstände in § 16 Abs. 3 und 4 AG GlüStV NRW zwischen den Spielhallenbetrieben der Antragstellerin und des Beigeladenen von der Antragsgegnerin zu treffende Auswahlentscheidung ist eine Ermessensentscheidung, die nach Maßgabe des § 114 VwGO der verwaltungsgerichtlichen

Kontrolle (nur) daraufhin unterliegt, ob die Behörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (§ 40 VwVfG NRW).

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 –, juris, Rn. 23.

Die in die Auswahlentscheidung einzustellenden Kriterien (Auswahlparameter) lassen sich dem Gesetz entnehmen und wurden durch die die Behörde bindenden Erlasse des Ministeriums für Inneres (und Kommunales) näher konturiert, etwa durch den Erlass vom 22.10.2021 (Az. 113-38.07.13-5), S. 15. Die danach in der Auswahlentscheidung auch zu berücksichtigenden Ziele des § 1 GlüStV 2021 erfordern einen Vergleich der konkurrierenden Bewerber daraufhin, wer besser geeignet ist, die Förderung der Ziele des Staatsvertrags zu gewährleisten. Unterschiede zwischen den Bewerbern können insbesondere bezogen darauf vorliegen, in welchem Maße von den Betreibern materielle Anforderungen an die Betriebsführung erfüllt werden. Ergibt der Vergleich der konkurrierenden Bewerber, dass ein Spielhallenbetreiber besser Gewähr für die Förderung der Ziele des Staatsvertrags als die Konkurrenten bietet, ist die Auswahl eines dieser Konkurrenten allein wegen seiner Bestandsschutz- und Vertrauensschutzinteressen sachwidrig. Denn bei der Auswahlentscheidung sind nach dem Zweck der Ermächtigung die Ziele des § 1 GlüStV 2021 gegenüber Bestandsschutz- und Vertrauensschutzinteressen jedenfalls nicht nachrangig. Dies ergibt sich bereits aus den Regelungen des Glücksspielstaatsvertrags 2021 selbst. Zudem ist diese relative Gewichtung mit Blick auf verfassungs- und unionsrechtliche Vorgaben geboten und damit auch bei der Ermessensentscheidung notwendig zu beachten.

Vgl. zu den nach altem Recht entwickelten Grundsätzen: OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 –, juris, Rn. 25, mit jeweils vertiefenden Ausführungen und m. w. N. in den Rn. 26 ff., insbesondere Rn. 44 ff., sowie Urteile vom 10.3.2021 – 4 A 3178/19 –, juris, Rn. 102 ff., m. w. N., und vom 10.10.2019 – 4 A 1826/19 –, juris, Rn. 45 ff., m. w. N.; zur Duldung von Spielhallen während des Erlaubnisverfahrens nach neuem Recht: OVG NRW, Beschlüsse vom 24.3.2022 – 4 B 1520/21 und 4 B 1522/21 –, juris, Rn. 22 ff. bzw. Rn. 21 ff., jeweils m. w. N.

Im Vergleich zum früheren Recht gilt lediglich die Besonderheit, dass bereits der Staatsvertragsgesetzgeber entsprechend dem ursprünglichen und fortbestehenden gesetzgeberischen Willen die Regelungen zum Übergang zu den mit dem Ersten Glücksspielstaatsvertrag im Jahr 2012 eingeführten Abstandsgeboten einschließlich der gestaffelt befristeten Härtefallregelung für atypische Ausnahmefälle in die Neuregelung von § 29 GlüStV 2021 nicht mehr übernommen hat.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 24.3.2022 – 4 B
1522/21 –, juris, Rn. 29 ff., m. w. N.

Ausgehend hiervon erweist sich die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin bereits deshalb als fehlerhaft, weil die Anwendung ihres Wägungsschemas im konkreten Fall dazu führte, dass der Betrieb des Beigeladenen aufgrund seiner höheren Gesamtpunktzahl ausgewählt wurde, obwohl die Antragstellerin bei den auf die Eignung zur Förderung der Ziele des Staatsvertrags bezogenen Wertungskriterien (Nr. 1 und 2, 4 bis 9 und 12 des Wägungsschemas der Antragsgegnerin) mehr Punkte erzielte.

Zunächst wäre die Antragstellerin, wie von der Antragsgegnerin selbst ausgeführt – anders als bei Anwendung ihres Wägungsschemas für die hiesige Auswahlentscheidung ursprünglich angenommen – unter Nr. 2 des Wägungsschemas („Bericht gem. Anl. 1b Anhang zum GlüStV“) mit zwei Punkten (statt wie bisher nur einem Punkt) zu bewerten gewesen. Damit hätte sie aufgrund der Gewichtung dieses Kriteriums mit 5 % jedenfalls eine um fünf Punkte erhöhte Gesamtpunktzahl von 165 (statt wie bisher nur 160) und somit mindestens dieselbe Gesamtpunktzahl wie der Beigeladene erreicht. Denn die Antragstellerin legte zwei Spielerschutzberichte zwischen dem 1.4.2018 und dem 31.5.2020 im Sinne von Nr. 2 des Wägungsschemas vor. Neben dem von der Antragsgegnerin bereits bei der Anwendung des Wägungsschemas für die hiesige Auswahlentscheidung berücksichtigten Spielerschutzbericht für den Zeitraum vom 1.1.2019 bis zum 31.12.2020 liegt der Antragsgegnerin der von der Antragstellerin auch für den Zeitraum vom 1.1.2018 bis 31.12.2018 erstellte Spielerschutzbericht vor. Er wurde mit Schreiben der Antragstellerin vom 26.1.2019 übersandt und von der Antragsgegnerin mit einem auf den 29.1.2019 datierten Eingangsstempel versehen.

Zudem hat die Antragsgegnerin bei ihrer Auswahlentscheidung die konkurrierenden Bewerber nach dem Zweck der gesetzlichen Ermächtigung ermessensfehlerhaft nicht zunächst daraufhin verglichen, wer besser geeignet war, die Ziele des § 1 GlüStV 2021 zu erreichen. In der oben bereits angeführten Rechtsprechung des Senats ist seit langem geklärt und gilt auch nach neuem Recht, dass diese Ziele in der Auswahlentscheidung jedenfalls nicht nachrangig zu berücksichtigen sind. Auf diese Rechtsprechung nimmt auch der Erlass vom 22.10.2021 (Az. 113-38.07.13 - 5), S. 15, ausdrücklich Bezug.

Von den insgesamt zwölf Wertungskriterien berücksichtigen die Kriterien Nr. 10 und Nr. 11 Bestandsschutz- und Vertrauensschutzinteressen. Nach dem Kriterium Nr. 10 erhält ein Antragsteller keine Punkte, wenn am 1.9.2021 mindestens zwei weitere Standorte im Stadtgebiet vorhanden waren, einen Punkt bei einem weiteren Standort im Stadtgebiet, und zwei Punkte, wenn am 1.9.2021 kein weiterer Standort im Stadtgebiet vorhanden war, wobei die erzielten Punkte mit jeweils 5 % gewichtet wurden. Nach der Beschlussvorlage Nr. 460/2021 zur Ratssitzung der Stadt W. am 21.12.2021 dient das Kriterium Nr. 10 dazu, die Eingriffsintensität in die Berufsfreiheit für die Betreiber zu beurteilen, weil die Schließung einer Spielhalle eines Betreibers mehrerer Spielhallen grundsätzlich von minderer Bedeutung sei als die Schließung der einzigen Spielhalle eines Betreibers. Die Begründung stimmt mit der Begründung des zum alten Recht erstellten Wägungsschemas vollständig überein. An diese Einschätzung hat die Antragsgegnerin mit der Ausführung im Bescheid vom 27.4.2022 angeknüpft und ausgeführt, das Kriterium Nr. 10 diene dazu, möglichst vielen verschiedenen Betreibern im Stadtgebiet eine Erwerbsmöglichkeit zu bieten. Die Eingriffsintensität in die Berufsfreiheit steht jedoch nach neuem Recht ebenso wie bereits nach dem insoweit unveränderten alten Recht mit keinem der in § 1 GlüStV 2021 genannten Ziele im Zusammenhang. Die Frage, ob eine Spielhalle die einzige Einnahmequelle des jeweiligen Spielhallenbetreibers darstellt, kann deshalb nur nachrangig bei der Auswahlentscheidung berücksichtigt werden, nicht aber – wie hier erfolgt – gleichrangig.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.5.2023 – 4 A 3227/19 –, juris, Rn. 17 ff.

Wenn die Antragsgegnerin mit einer internen E-Mail vom 11.4.2022 und im Bescheid vom 27.4.2022 sowie im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ausführt, dass das Kriterium Nr. 10 auch dazu diene, eine Konzentration des Angebots auf einzelne Anbieter zu verhindern, begegnet diese Einschätzung unter den Umständen des Ablaufs des Erlaubnisverfahrens rechtlichen Bedenken. Bei der Auswahl der Kriterien für das Wägungsschema hat die Antragsgegnerin den Aspekt der Monopolvermeidung ausweislich der Beschlussvorlage Nr. 460/2021 noch nicht herangezogen. Zudem ist dem Kriterium, das mit der Zahl weiterer vorhandener Spielhallen eine quantitative Anforderung aufstellt, nicht unmittelbar zu entnehmen, inwiefern sich dies auf die qualitativ formulierten Ziele des § 1 GlüStV 2021 auswirken soll. Annahmen über wettbewerbsbedingte Anreize für eine bessere Betriebsführung bleiben vielmehr gerade dann weitgehend spekulativ, wenn es sich bei den weiteren (nach dem Ansatz der Antragsgegnerin verbleibenden) Spielhallen im Stadtgebiet gerade nicht um solche handelt, deren Fortbestand aufgrund der Mindestabstandsregelung in Gefahr gerät.

Die Punktevergabe für das Kriterium Nr. 11 (Amortisation von Vermögensdispositionen – Art, Höhe, Laufzeit von Zahlungsverpflichtungen für getätigte Investitionen; Abschreibungsfristen) richtet sich nach der Beschlussvorlage Nr. 460/2021 danach, wie schützenswert der Betreiber aufgrund seines Vertrauens auf die damals bestehende Rechtslage aufgrund seiner wirtschaftlichen Lage (Kredite, Abschreibungsfristen, etc.) ist. Dieses Kriterium dient, auch wenn es nunmehr anders als noch nach der Begründung des zum alten Recht erstellten Wägungsschemas nicht mehr auf die Härtefallkriterien nach § 29 Abs. 4 GlüStV a. F. abstellt, inhaltlich unverändert dem Vertrauensschutz des Spielhallenbetreibers, der gleichfalls gegenüber den Zielen des § 1 GlüStV 2021 nur nachrangig berücksichtigungsfähig ist.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 23.6.2021 – 4 A
2743/20 –, juris, Rn. 9 f., 18.

Demgegenüber sind die übrigen Kriterien darauf bezogen, welcher Spielhallenbetreiber besser die Gewähr für die Förderung der Ziele des Staatsvertrags bietet, wobei der in Nr. 3 des Wägungsschemas erwähnte Luftlinienabstand zum nächstgelegenen Spielhallenstandort insoweit immer dann nicht berücksichtigungsfähig sein kann, wenn die Auswahlentscheidung zur Schließung gerade der Spielhalle führt, auf die dabei abgestellt wird. So liegt es auch hier, was sich allerdings bei der Auswahlentscheidung

nicht ausgewirkt hat, weil die Antragstellerin und der Beigeladene hier jeweils keine Punkte zugestanden bekommen haben. Betrachtet man allein die berücksichtigungsfähigen eignungsbezogenen Kriterien Nr. 1 und 2 sowie 4 bis 9 und 12, erzielte die Antragstellerin richtigerweise 145 Punkte, der Beigeladene hingegen nur 135 Punkte. Erst durch die Berücksichtigung der Bestandsschutz- und Vertrauensschutzinteressen in den Kriterien Nr. 10 und 11 sowie die aktenwidrige Bewertung des Kriteriums Nr. 2 wurde dem Beigeladenen als nach dem Wägungsschema der Antragsgegnerin im Hinblick auf die Förderung der Ziele des Staatsvertrags weniger geeigneten Bewerber in sachwidriger Weise der Vorzug gegeben.

Es kann dahinstehen, ob die Antragstellerin rechtzeitig einen Rechtsbehelf gegen die dem Beigeladenen erteilte glücksspielrechtliche Erlaubnis eingelegt hat. Eine etwaige Bindungswirkung der dem Beigeladenen erteilten glücksspielrechtlichen Erlaubnis und eine hierauf bezogene gegenüber der Antragstellerin eingetretene Bestandskraft berührt nicht seinen Bewerbungsverfahrenanspruch.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 26.5.2023 – 4 A 3227/19 –, juris, Rn. 5 f., und vom 10.10.2021 – 4 A 1061/20 –, juris, Rn. 32 ff., 39, m. w. N.

b) Das Recht der Antragstellerin auf eine fehlerfreie Auswahlentscheidung kann mit Blick auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes mit einer einstweiligen Anordnung gesichert werden, die auf die Verpflichtung der Antragsgegnerin gerichtet ist, den Weiterbetrieb der Spielhalle 1 bis zu einer neuen Entscheidung über ihren Erlaubnisantrag, längstens aber bis zu einem Abschluss des Hauptsacheverfahrens, vorläufig zu dulden.

Ein Anspruch auf Duldung besteht nur bis zur einer möglicherweise vor dem Abschluss des Hauptsacheverfahrens erfolgenden erneuten Bescheidung des Erlaubnisanspruchs. Es ist in der Rechtsprechung des Senats geklärt, dass das Gebot des effektiven Rechtsschutzes keinen derart weitreichenden Rechtsschutz verlangt, der auf eine Aussetzung bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens abzielt und eine zeitnahe Umsetzung der Vorgaben des Glücksspielstaatvertrags erheblich verzögert. Der Senat hält eine Duldungspflicht der Antragsgegnerin für die Zeit bis zu einer neuen Entschei-

dung über den Erlaubnis Antrag der Antragstellerin für ausreichend. Inwieweit anschließend eine weitere Duldung geboten sein kann, ist zunächst im Rahmen behördlichen Ermessens zu beurteilen oder im Rahmen eines gegen eine etwaige neue Ablehnungsentscheidung gerichteten weiteren Verfahrens auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 –, juris, Rn. 71 f., m. w. N.

2. Die Antragstellerin hat, soweit der Anordnungsanspruch besteht, auch einen Anordnungsgrund im Sinne von § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht.

Die einstweilige Anordnung ist mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG erforderlich, um wesentliche Nachteile für die Antragstellerin abzuwenden. Der weitere Betrieb der Spielhalle ohne Duldung würde die Antragstellerin der Gefahr von bußgeld- und/oder strafrechtlichen Konsequenzen (§§ 23 Abs. 1 Nr. 7 AG GlüStV NRW, 284 StGB) aussetzen. Es ist ihr nicht zuzumuten, die für die Ahndung im Straf- oder Bußgeldverfahren erforderliche Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen „auf der Anklagebank“ zu erleben. Ohne den Ausspruch der vorläufigen Duldung des Weiterbetriebs der Spielhalle 1 wäre die Antragstellerin, wenn sie sich jedenfalls rechtskonform verhalten möchte, gezwungen, diesen Betrieb zumindest vorübergehend zu schließen. Eine solche Betriebsschließung würde wegen der jedenfalls teilweise nicht rückgängig zu machenden wirtschaftlichen Folgen eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung ihrer durch Art. 19 Abs. 3 GG i. V. m. Art. 12 und 14 GG grundrechtlich geschützten Rechtspositionen bedeuten, die durch eine der Klage stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden könnte.

Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 30.6.2022 – 4 B 1864/21 –, juris, Rn. 38 ff., und vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 –, juris, Rn. 74 ff., m. w. N., insbesondere unter Verweis auf: BVerfG, Beschluss vom 7.4.2003 – 1 BvR 2129/02 –, BVerfGK 1, 107 = juris, Rn. 14, zu der Frage effektiven Rechtsschutzes bei drohenden Straf- oder Bußgeldverfahren.

Die Kostenentscheidung folgt hinsichtlich des im Beschwerdeverfahren noch streitig entschiedenen Teils aus den §§ 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO, 162 Abs. 3 VwGO. Soweit die Antragstellerin die Duldung ihrer Spielhalle 1 bis zu einer Entscheidung über das Hauptsacheverfahren (und nicht nur bis zur erneuten Bescheidung ihres Erlaubnis-antrags) begehrt hat und die Beschwerde bezogen auf die Spielhalle 1 lediglich insoweit keinen Erfolg hat, stellt sich dies als ein geringfügiges Unterliegen im Sinne des § 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO dar, das eine Kostenbeteiligung der Antragstellerin nicht rechtfertigt. Es steht nicht einmal fest, ob die Antragsgegnerin vor einer Entscheidung über das Hauptsacheverfahren neu über den Erlaubnisantrag der Antragstellerin entscheiden wird. Es entspricht zudem der Billigkeit im Sinne des § 162 Abs. 3 VwGO, etwaige außergerichtliche Kosten des Beigeladenen nicht für erstattungsfähig zu erklären, weil dieser keinen Antrag gestellt und sich selbst so einem Kostenrisiko nicht ausgesetzt hat (vgl. § 154 Abs. 3 VwGO).

Hinsichtlich des im Beschwerdeverfahren übereinstimmend für erledigt erklärten Teils folgt die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren aus den §§ 161 Abs. 2 VwGO, 162 Abs. 3 VwGO. Die Kostentragung der Antragstellerin insoweit entspricht billigem Ermessen, weil sie eine entsprechende Kostenübernahmeerklärung abgegeben hat und ohne Eintritt des erledigenden Ereignisses aus den Gründen des gerichtlichen Hinweises vom 5.5.2023 voraussichtlich unterlegen gewesen wäre. Der rechtskräftig gewordene Teil der erstinstanzlichen Entscheidung ist in die Kostenentscheidung einbezogen worden.