

Oberverwaltungsgericht für das Land NRW, Beschl. v. 28.09.2017 – 4 B 1026/17

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 2.8.2017 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 7.500,00 Euro festgesetzt.

Gründe

Die Beschwerde der Antragstellerin ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat den Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung der Klage (19 K 8054/17 VG Gelsenkirchen) gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 31.5.2015 bezüglich der Spielhalle S. D. I. wiederherzustellen bzw. anzuordnen, zu Recht abgelehnt. Es hat angenommen, die im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmende Interessenabwägung falle zu Lasten der Antragstellerin aus. Die angefochtene Entscheidung sei hinsichtlich der allein streitgegenständlichen Schließung der Spielhalle S. D. I. aller Voraussicht nach rechtmäßig; insoweit bestehe an der sofortigen Vollziehung der Verfügung auch ein öffentliches Interesse.

Das Beschwerdevorbringen, auf dessen Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, gibt im Ergebnis keinen Anlass, den angefochtenen Beschluss zu ändern.

Das Beschwerdevorbringen stellt die entscheidungstragende Annahme des Verwaltungsgerichts, das insoweit der Begründung der Antragsgegnerin gefolgt ist, nicht in Frage, die Betriebsschließungsverfügung der Antragsgegnerin vom 31.5.2017 stelle sich bezogen auf die Spielhalle S. D. I. als voraussichtlich rechtmäßig dar. Denn die Antragstellerin verfüge nicht über die zum Betrieb der streitgegenständlichen Spielhalle erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis nach § 24 GlüStV. Das Fehlen der erforderlichen Erlaubnis stellt die Antragstellerin nicht in Zweifel. Ihr schon im Jahr 2013 gestellter Antrag wurde abgelehnt. Die Entscheidung ist bestandskräftig seit dem rechtskräftigen Abschluss des hiergegen gerichteten Klageverfahrens im Mai 2017. Da bis zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im März 2017 verfassungsrechtliche Zweifel an der Wirksamkeit der Übergangsregelungen des Glücksspielstaatsvertrags bestanden, kann der Antragstellerin zwar kein subjektiver Vorwurf deswegen gemacht werden, dass sie ihren Betrieb mit Duldung der Antragsgegnerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Klageverfahrens ohne Erlaubnis geführt hat. Gleichwohl trifft die Annahme des Verwaltungsgerichts aus heutiger Sicht zu, dass die Antragstellerin ihre Spielhalle mehrere Jahre lang ohne die notwendige

Erlaubnis nach dem Glücksspielstaatsvertrag betrieben hat und es ihr nun darum geht, diesen Betrieb trotz noch immer fehlender Erlaubnis aufrechtzuerhalten.

Sie beruft sich insofern ohne Erfolg darauf, sie habe am 29.5.2017 einen neuen Erlaubnisantrag gestellt, der bei der von der Antragsgegnerin nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist nach § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV zu treffenden Auswahlentscheidung zu berücksichtigen sei. Gleichwohl habe die Antragsgegnerin sie weder in die Verwaltungsverfahren der örtlich konkurrierenden Betreiber einbezogen noch sonst das Auswahlverfahren gefördert. Sie verfüge ebenso wie ihre Mitbewerber, die bis zum 30.6.2017 von der fünfjährigen Übergangsfrist profitiert hätten, nicht über die erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis, weil die Antragsgegnerin über die vorliegenden Erlaubnisangebote bis zum 1.7.2017 nicht entschieden habe. Ihre rechtliche Situation unterscheide sich nicht von den anderen Spielhallenbetreibern, die aktuell einen nicht beschiedenen Erlaubnisantrag gestellt hätten. Vor diesem Hintergrund sei es nicht gerechtfertigt, nur gegen sie, nicht aber gegen die anderen Mitbewerber vorzugehen.

Über den neuen Antrag der Antragstellerin auf Erteilung einer Erlaubnis nach § 24 Abs. 1 GlüStV ist derzeit nach Aktenlage noch nicht entschieden, obwohl seit dem 1.7.2017 für den Betrieb sämtlicher Spielhallen eine glücksspielrechtliche Erlaubnis erforderlich ist.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 8.6.2017 ? 4 B 307/17 ?, GewArch 2017, 359 (Leitsatz) = juris, Rn. 71.

Denn die Antragsgegnerin hatte entsprechend der ministeriellen Erlasslage bis zur Entscheidung des Senats vom 8.6.2017 angenommen, die Überleitungsfrist laufe bis zum 30.11.2017. Hierauf hatte sie sich bei der Bearbeitung der vorliegenden Anträge eingestellt und auch die Spielhallenbetreiber, die unter § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV fielen, schon Anfang März 2017 entsprechend unterrichtet.

Vgl. zu dieser Verfahrensweise OVG NRW, Beschluss vom 8.6.2017 ? 4 B 307/17 ?, GewArch 2017, 359 (Leitsatz) = juris, Rn. 64.

Hieraus folgt allerdings nicht, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin das Fehlen einer Erlaubnis entgegenhält, die generell rechtswidrig vorenthalten oder verweigert wird. Vielmehr hat die Antragsgegnerin auf entsprechende Anfrage mitgeteilt, sie werde entgegen der ursprünglichen an der ministeriellen Erlasslage ausgerichteten Planung über die vorliegenden 170 glücksspielrechtlichen Erlaubnisangebote nicht erst zum 1.12.2017 entscheiden. Es erfolge eine laufende Sachbearbeitung der entscheidungsreifen Fälle. Zwölf Erlaubnisse nach § 24 Abs. 1 GlüStV seien bereits erteilt worden. Vor diesem Hintergrund hat die Antragstellerin die Entscheidung über ihren Antrag abzuwarten; bei einer unangemessenen Verzögerung könnte sie eine Entscheidung mit gerichtlicher Hilfe erzwingen, darf aber ihre Spielhalle nicht gesetzwidrig ohne Erlaubnis betreiben.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 8.6.2017 ? 4 B 307/17 ?, GewArch 2017, 359 (Leitsatz) = juris, Rn. 73.

Auch das Verhältnismäßigkeitsgebot verpflichtet die Antragsgegnerin nicht, den formell illegalen Betrieb der Spielhalle der Antragstellerin bis zu einer Entscheidung über den Erlaubnisantrag weiter zu dulden. Das wäre allenfalls dann anzunehmen, wenn die formell illegale Tätigkeit die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllte und dies offensichtlich, d. h. ohne weitere Prüfung erkennbar wäre, so dass die Untersagung nicht mehr zur Gefahrenabwehr erforderlich wäre. Verbleibende Unklarheiten oder Zweifel an der Erfüllung der Erlaubnisvoraussetzungen rechtfertigen dagegen ein Einschreiten.

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 25.2.2015 - 8 B 36.14 - , ZfWG 2015, 227 = juris, Rn. 13; Urteil vom 9.3.2005 ? 6 C 11.04 ?, NVwZ 2005, 961 = juris, Rn. 31.

Hier war und ist die Untersagung notwendig, um die Klärung im Erlaubnisverfahren zu sichern und so zu verhindern, dass durch die unerlaubte Tätigkeit vollendete Tatsachen geschaffen und dem Gesetzeszweck zuwider auch nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist nach dem Glücksspielstaatsvertrag die Spielmöglichkeiten nicht im gesetzlich vorgesehenen Umfang im Hinblick auf das hohe Suchtpotential bei Geldspielgeräten beschränkt werden.

Schließlich ist die Entscheidung der Antragsgegnerin nicht deshalb gleichheitswidrig und ermessensfehlerhaft, weil sie gegen die Antragstellerin vorgeht, den Betrieb von Spielhallen, die bis zum 30.6.2017 von § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV erfasst waren, nun aber ebenfalls nicht über die erforderliche Erlaubnis verfügen, jedoch weiterhin duldet. Für den Betrieb der Spielhalle der Antragstellerin könnte eine Erlaubnis nur erteilt werden, wenn nach dem, derzeit noch nicht absehbaren, Ergebnis der Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin der Mindestabstand von 350 m nach § 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV zwischen ihrer Spielhalle und anderen Spielhallen eingehalten oder von diesem Abstandsgebot nach § 16 Abs. 3 Satz 3 AG GlüStV abgewichen werden dürfte. Eine Härtefallerlaubnis scheidet hingegen aus. Denn ihre Spielhalle unterfiel der bereits 2013 abgelaufenen einjährigen Übergangsfrist nach § 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV, für die verfassungsrechtlich unbedenklich die Härtefallregelung gemäß § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV nicht einschlägig ist.

Seit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 7.3.2017 ? 1 BvR 1314/12 u. a. ? ist verfassungsrechtlich geklärt, dass das Verbundverbot mehrerer Spielhallen, die Abstandsgebote des Glücksspielstaatsvertrags und die Überleitungsvorschriften in § 29 Abs. 4 GlüStV auch insoweit verfassungsgemäß sind. Insbesondere durfte der Gesetzgeber für Bestandsspielhallen, die ? wie hier am 22.6.2012 ? erst nach dem 28.10.2011 eine Spielhallenerlaubnis nach § 33i GewO erhalten haben, eine nur einjährige Übergangsvorschrift vorsehen. Schutzwürdiges Vertrauen stand dem zu diesem Zeitpunkt nicht mehr entgegen, weil sich die Länder bereits im Rahmen der Ministerpräsidentenkonferenz am 6.4.2011 darauf geeinigt hatten, einen Entwurf für einen Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag zur Anhörung und zur Notifizierung bei der Europäischen Kommission freizugeben. Dieser enthielt einen besonderen Erlaubnisvorbehalt für Spielhallen, Regelungen über ein Abstandsgebot zu anderen Spielhallen und ein Verbundverbot sowie entsprechende Übergangsregelungen. Unter anderem sah er vor, dass Spielhallenerlaubnisse nach § 33i GewO, die nach dem 6.4.2011

erteilt würden, bei einem Verstoß gegen das Verbundverbot ein Jahr nach Inkrafttreten des Staatsvertrags unwirksam werden sollten. Somit waren schon vor dem 28.10.2011 Gesetzesänderungen für die Spielhallenbetreiber in konkreten Umrissen allgemein vorhersehbar, so dass sie nicht mehr darauf vertrauen konnten, das bis dahin geltende Recht werde in Zukunft unverändert fortbestehen.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 ? 1 BvR 1314/12, u. a. ?, DVBl. 2017, 697 = juris, Rn. 122 ff., 196 ff., 203 ff.

Dem nordrhein-westfälischen Landtag wurde dieser Entwurf für einen Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag bereits am 18.4.2011 zugeleitet, wodurch er in Nordrhein-Westfalen auch über die öffentlich-zugängliche Parlamentsdatenbank allgemein bekannt wurde.

Vgl. LT-Vorlage 15/580.

Auch durfte der Gesetzgeber für die Bemessung der Übergangsfrist auf den Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis nach § 33i GewO abstellen, weil schutzwürdiges Vertrauen der Spielhallenbetreiber in die zukünftige Erteilung der Erlaubnis erst mit der Erteilung der Betriebserlaubnis nach § 33i GewO entstehen konnte, nicht bereits mit der Antragstellung oder der Erteilung der Baugenehmigung.

Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 ? 1 BvR 1314/12 u. a. ?, DVBl. 2017, 697 = juris, Rn. 206 ff.

Die Möglichkeit, mit Ablauf der fünfjährigen Überleitungsfrist mit anderen Interessenten zu konkurrieren und einen neuen Antrag zu stellen, rechtfertigt es nicht, für die Dauer des Erlaubnisverfahrens den Betrieb fortzusetzen. Insoweit besteht ein Unterschied zu den mittlerweile geduldeten Bestandsspielhallen, weil für diese jedenfalls bis zum 30.11.2017 zumindest ein Anspruch auf eine Härtefallerlaubnis bestünde.

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 8.6.2017 ? 4 B 307/17 ?, GewArch 2017, 359 (Leitsatz) = juris, Rn. 64, 73.

Ihnen gegenüber stellte sich eine auf das Fehlen einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis gestützte Schließungsanordnung derzeit als unverhältnismäßig dar, weil die Erlaubnisvoraussetzungen wegen des bestehenden Härtefalls offensichtlich gegeben sind. Das ist bei der Antragstellerin dagegen nicht der Fall.

Danach überwiegt das öffentliche Interesse an der sofortigen Untersagung der derzeit nicht erlaubten und nicht offensichtlich erlaubnisfähigen Betriebsführung gegenüber den rechtlich nicht schutzwürdigen gegenläufigen Interessen der Antragstellerin an einer vorläufig weiteren Nutzung.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist gemäß § 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 in Verbindung mit § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG unanfechtbar.