

## **OVG Nordrhein-Westfalen – Beschluss vom 10.02.2020 – 4 B 1253/18**

**GlüStV §§ 24, 25, AG GlüStV NRW § 16 Abs. 3, VwGO §§ 80 Abs. 5, 88, 123 Abs. 1, GewO § 15 Abs. 2, StGB § 284 (Betrieb einer Spielhalle; Schließungsverfügung; fehlende glücksspielrechtliche Erlaubnis; Mindestabstand zwischen Spielhallen; Abweichung vom Mindestabstandserfordernis; Atypik)**

1. Für die Frage, ob die zuständige Behörde im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zur Duldung einer ohne die erforderliche Erlaubnis betriebenen Spielhalle zu verpflichten ist, bleibt in Fällen, in denen eine sofort vollziehbare Schließungsverfügung nach § 15 Abs. 2 GewO vorliegt, nur dann Raum, wenn die Schließungsverfügung nach § 80 VwGO außer Vollzug gesetzt wird.

2. Im Rahmen der Soll-Vorschrift des § 16 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 AG GlüStV NRW ist eine Unterschreitung des Mindestabstands zwischen Spielhallen nur in atypischen Fällen zulässig. Darüber hinaus darf die Erlaubnisbehörde nach § 16 Abs. 3 Satz 3 AG GlüStV NRW unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalls eine abweichende Entscheidung treffen.

OVG NRW, Beschl. v. 10.02.2020 - 4 B 1253/18

I. VG Münster, Beschl. v. 16.08.2018 - 9 L 591/18

### **Sachverhalt:**

Die Antragstellerin wandte sich gegen eine Untersagungs- und Schließungsverfügung für eine von ihr betriebene Spielhalle, für deren Weiterbetrieb ihr wegen Verstoßes gegen das Mindestabstandsgebot keine Erlaubnis erteilt worden war, weil für die in einem Abstand von weniger als 350 Meter Luftlinie betriebene Spielhalle einer anderen Tochtergesellschaft ihrer Muttergesellschaft aufgrund der von beiden geäußerten Präferenz eine Erlaubnis erteilt worden war. Ihr Antrag, die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, ihre Spielhalle bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung über ihren Antrag auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach § 24 Abs. 1 GlüStV, hilfsweise unter Abweichung vom Mindestabstand gemäß § 16 Abs. 3 Satz 3 Halbs. 2 AG GlüStV NRW, zu dulden, blieb in beiden Instanzen ohne Erfolg.

### **Aus den Gründen:**

Zwar ist der Antrag nicht im Wege der Auslegung ausschließlich als Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO anzusehen, weil eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die sofort vollziehbare Schließungsverfügung bezogen auf das weitergehende Duldungsbegehren der Antragstellerin keinen umfassenden Rechtsschutz böte. Auch bei Bestehen der nach dem erkennbaren Antragsbegehren (§§ 88, 122 Abs. 1 VwGO) jenseits der Fassung des Antrags sinngemäß ebenfalls begehrten aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Schließungsverfügung, aber ohne den ausdrücklich beantragten Ausspruch der vorläufigen Duldung des Weiterbetriebs der Spielhalle wäre die Antragstellerin, wenn sie sich jedenfalls rechtskonform verhalten möchte, gezwungen, den streitgegenständlichen Betrieb aufzugeben. Denn der weitere Betrieb der Spielhalle ohne Duldung würde die Antragstellerin der Gefahr von ordnungswidrigkeiten- und/oder strafrechtlichen Konsequenzen (§§ 23 Abs. 1 Nr. 1 AG GlüStV NRW, 284 StGB) aussetzen. Es ist ihr nicht zuzumuten, die für die Ahndung im Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren erforderliche Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen „auf der Anklagebank“ zu erleben (vgl. OVG NRW, Beschl. v. 26.09.2019 - 4 B 255/18 - ZfWG 2019, 516 = juris, Rn. 76 ff., m.w.N.). Das VG ist allerdings zu Recht davon ausgegangen, dass die Antragstellerin die von ihr begehrte Duldung der streitgegenständlichen Spielhalle nicht im Verfahren nach § 123 Abs. 1 VwGO erstreiten kann, soweit ihr Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO offensteht, § 123 Abs. 5 VwGO. Soweit sie sich deshalb in ihrem wohlverstandenen Interesse der Sache nach zugleich gegen die mit der Ordnungsverfügung ausgesprochene sofort vollziehbare Untersagung des Weiterbetriebs der Spielhalle wendet, ist der sinngemäß verfolgte Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der gegen diese Verfügung gerichteten Klage allein statthaft.

Für die Frage, ob die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Anordnung darüber hinaus nach § 123 VwGO zur Duldung der Spielhalle zu verpflichten ist, bleibt in Fällen, in denen wie hier eine sofort vollziehbare Schließungsverfügung nach § 15 Abs. 2 GewO vorliegt, nur dann Raum, wenn die Schließungsverfügung nach § 80 VwGO außer Vollzug gesetzt wird. Eine Schließungsanordnung nach § 15 Abs. 2 GewO ist grundsätzlich gerechtfertigt, solange das Erlaubnisverfahren nicht abgeschlossen und nicht geklärt ist, ob die Erlaubnisvoraussetzungen vorliegen. Erst die Erteilung der erforderlichen Erlaubnis, nicht schon ein hierauf gerichteter Antrag oder eine entsprechende Klage, schließen nämlich ein Vorgehen nach § 15 Abs. 2 GewO aus. Zweck dieser Ermächtigung ist es, den Erlaubnisvorbehalt zur Sicherung des Geschäftsverkehrs durchzusetzen, also die vorherige behördliche Prüfung der Erlaubnisfähigkeit der beabsichtigten Gewerbetätigkeit zu sichern und damit die mit einer unerlaubten Tätigkeit verbundenen Gefahren abzuwehren (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 - 8 B 36.14 - ZfWG 2015, 227 = juris, Rn. 13, m.w.N.; OVG NRW, Beschl. v. 10.01.2019 - 4 B 1333/18 - ZfWG 2019, 181 = juris, Rn. 3, 24, v. 18.07.2018 - 4 B 179/18 - NWVBI. 2018, 529 = juris, Rn. 18 f., 23 f., 32 ff., und v. 10.02.2020 - 4 B 673/18 - [im Falle einer bestandskräftigen Schließungsverfügung]). Wird von dieser Ermächtigung fehlerfrei oder bestandskräftig Gebrauch gemacht, ist dem Antragsteller deshalb zuzumuten, den regulä-

ren Abschluss des Erlaubnisverfahrens abzuwarten. Ein Bedürfnis für vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO besteht wegen der nach § 123 Abs. 5 VwGO vorrangigen Möglichkeit, Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO gegen die die Prüfung der Erlaubnisvoraussetzungen sichernde Schließungsverfügung zu erlangen, allenfalls dann, wenn der vorrangige Weg ebenfalls erfolgreich beschritten wird.

Das VG hat im Rahmen der Prüfung nach § 80 Abs. 5 VwGO die Untersagungs- und Schließungsverfügung auf der Grundlage von § 15 Abs. 2 GewO für rechtmäßig gehalten und insbesondere angenommen, das Verhältnismäßigkeitsgebot verpflichte die Antragsgegnerin nicht, die ohne Erlaubnis betriebene streitgegenständliche Spielhalle über den verfügbaren Schließungszeitpunkt hinaus zu dulden. Es sei weder offenkundig noch liege es nahe, dass der Antragstellerin ein Anspruch auf Erteilung der nach §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW für ihren Betrieb erforderlichen glücksspielrechtlichen Erlaubnis zustehe.

Das Beschwerdevorbringen, auf dessen Prüfung der Senat gemäß § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, bietet weder eine Grundlage für eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der gegen die Schließungsverfügung gerichteten Klage (dazu unten 1.) noch für den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO (dazu unten 2.).

1. Zutreffend ist das VG davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO vorliegen. Die Ermessensentscheidung hat es für fehlerfrei gehalten und dabei die Senatsrechtsprechung berücksichtigt, wonach ein Spielhallenbetrieb - außer in besonderen Fallgestaltungen, die es hier zu Recht verneint hat - ohne die erforderliche Erlaubnis bis zu einer Entscheidung über einen gestellten Erlaubnisantrag - allenfalls - dann geduldet werden muss, wenn die formell illegale Tätigkeit die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt und dies offensichtlich, d. h. ohne weitere Prüfung erkennbar ist (vgl. OVG NRW, Beschl. v. 15.03.2018 - 4 B 1374/17 - ZfWG 2018, 588 [Leitsatz] = juris, Rn. 8 f., und v. 18.07.2018 - 4 B 179/18 - NWVBl. 2018, 529 = juris, Rn. 23 f., 34 f., jeweils m.w.N.). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Der Antragstellerin steht der im Hauptsacheverfahren geltend gemachte Anspruch auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis gem. §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW nicht zu.

a) Nach diesen Vorschriften bedürfen die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis. Die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis setzt grundsätzlich voraus, dass das Mindestabstandsgebot aus § 25 Abs. 1 GlüStV i.V.m. § 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW eingehalten wird. Danach soll ein Mindestabstand von 350 Metern Luftlinie zu einer anderen Spielhalle nicht unterschritten werden. Die Behörde darf unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalls von der Maßgabe zum Mindestabstand abweichen, § 16 Abs. 3 Satz 3 AG GlüStV NRW. Das im Glücksspielstaatsvertrag vorgesehene Mindestabstandsgebot ist

mit höherrangigem Recht vereinbar (vgl. BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. - BVerfGE 145, 20 = juris, Rn. 119 ff., 130 ff.; zur nordrhein-westfälischen Umsetzung OVG NRW, Urt. v. 10.10.2019 - 4 A 1826/19 - Städte- und Gemeinderat 2019, Nr. 12, 38 = juris, Rn. 28 ff., m.w.N.). Anhand der üblichen Auslegungskriterien lässt sich das auf die Luftlinie zwischen Spielhallen abstellende Mindestabstandserfordernis im Landesrecht dahingehend bestimmen, dass in Nordrhein-Westfalen die zwischen den Eingängen der Spielhallen liegende Entfernung maßgeblich ist (vgl. OVG NRW, Urt. v. 10.10.2019 - 4 A 1826/19 - Städte- und Gemeinderat 2019, Nr. 12, 38 = juris, Rn. 34 ff., m. w. N.).

Das Mindestabstandsgebot dient der Begrenzung des Glücksspielangebots und der Bekämpfung der Glücksspielsucht. Die Regelung bezweckt, dass Spieler nicht von einer Spielhalle direkt zur nächsten gelangen sollen, sondern dass es über einen entsprechend zurückzulegenden Fußweg zu einer gewissen „Abkühlung“ kommen soll, bevor sich erneut die Gelegenheit zum Spiel eröffnet (vgl. LT-Drs. 16/17, S. 43 f.). Mit diesem Gebot wird zugleich eine Reduzierung der für die Ansiedelung von Spielhallen zur Verfügung stehenden Standorte und eine Begrenzung der Spielhallendichte bewirkt, was zu einer Beschränkung des Gesamtangebots an Spielhallen beiträgt. Auch dadurch wird eine Verringerung der Griffnähe und Verfügbarkeit des Spiels an Geldspielgeräten in Spielhallen erreicht (vgl. BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 - 1 BvR 1314/12 u. a. - BVerfGE 145, 20 = juris, Rn. 151). Nach diesem doppelten Schutzzweck des Abstandsgebots, einerseits den genannten Abkühlungseffekt für die Nutzer zwischen zwei Spielhallen zu erreichen und andererseits die Griffnähe von Spielhallen für gefährdete Personen zu erschweren, ist die Luftlinie zwischen den von den Kunden zu nutzenden Eingängen zweier Spielhallen zu messen und der zwischen zwei Spielhallen liegende Fußweg nur ein Aspekt, auf den es nach dem gesetzgeberischen Regelungskonzept mittelbar ankommen soll. Unter dem Gesichtspunkt, die Griffnähe von Spielhallen für gefährdete Personen zu erschweren, erlangt die Luftlinienentfernung zwischen Spielhallen eine eigenständige Bedeutung, auch wenn für den „Abkühlungseffekt“ einzelner Spieler der Fußweg bedeutsamer ist. Denn durch die Einhaltung eines bestimmten in Luftlinie gemessenen Abstands wird unmittelbar das Ziel erreicht, angesichts des durch zahlreiche Studien belegten besonderen Suchtpotenzials von in immer größerer Zahl vorhandenen Geldspielgeräten in Spielhallen das gestiegene Angebot an Spielgeräten in Spielhallen wieder effektiv zu reduzieren (vgl. OVG NRW, Beschl. v. 16.08.2019 - 4 B 659/18 - ZfWG 2019, 503 = juris, Rn. 9 f., m. w. N.).

Im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers liegt deshalb auch die gesetzliche Regelung, die für den Mindestabstand nicht auf die Wegstrecke, sondern auf die Luftlinienentfernung zwischen zwei Spielhallen abstellt, selbst wenn die Regelung von Abweichungs- und Ausnahmemöglichkeiten absieht. Eine Reduzierung der Spielhallendichte kann umso wirksamer und effizienter erreicht werden, je weniger von ihr im Einzelfall abgewichen werden muss (vgl. i.d.S. BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 - 1 BvR 1314/12 u. a. - BVerfGE 145, 20 = juris,

Rn. 153; BVerwG, Urt. v. 16.12.2016 - 8 C 6.15 - BVerwGE 157, 126 = juris, Rn. 49; StGH BW, Urt. v. 17.06.2014 - 15/13 - ESVGH 65, 58 [Leitsatz] = juris, Rn. 367).

Darf der Gesetzgeber nach dieser höchstrichterlichen Klärung die Erteilung einer Spielhallenerlaubnis zur Reduzierung der Spielhallendichte von einem nach der Luftlinie bemessenen Mindestabstand zwischen zwei Spielhallen abhängig machen, gilt das selbst dann, wenn die tatsächliche Wegstrecke zwischen zwei Spielhallen im Einzelfall mehr als das Doppelte des nach der Luftlinie bemessenen Mindestabstands beträgt (vgl. BVerwG, Beschl. v. 06.06.2018 - 8 B 32.17 - Buchholz 11 Art. 12 GG Nr. 307 = juris, Rn. 3).

Etwas anderes ergibt sich nicht aus den verfassungsrechtlichen Grenzen für gesetzliche Typisierungen, nach denen die Besonderheiten des Einzelfalls nur in einer gewissen Bandbreite generalisierend vernachlässigt werden dürfen. Während typisierende Gruppenbildungen bei der Ordnung von Massenerscheinungen zur Verwaltungsvereinfachung realitätsgerecht am typischen Fall orientiert sein müssen, die mit ihnen verbundenen Härten nicht besonders schwer wiegen dürfen und nur unter Schwierigkeiten vermeidbar sein dürfen (vgl. z. B. BVerfG, Urt. v. 05.11.2014 - 1 BvF 3/11 - BVerfGE 137, 350 = juris, Rn. 66, und Beschl. v. 23.06.2004 - 1 BvL 3/98 - BVerfGE 111, 115 = juris, Rn. 63), gelten diese Einschränkungen dann nicht, wenn die Typisierung nicht der Verwaltungsvereinfachung dient, sondern zumindest ein maßgebliches legitimes Regelungsziel - wie hier die angestrebte Reduzierung der Spielhallendichte - ohne die typisierende Regelung oder im Falle ihrer großzügigen Durchbrechung nicht gleichermaßen effektiv zu erreichen wäre.

b) Gemessen an diesen rechtlichen Vorgaben steht der Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis zum Betrieb der hier streitgegenständlichen Spielhalle das Mindestabstandsgebot entgegen. Weniger als 350 m entfernt befindet sich die von der D. N. GmbH, die ebenso wie die Antragstellerin Tochtergesellschaft der D. S. GmbH ist und von denselben Geschäftsführern geführt wird, betriebene Spielhalle, für die aufgrund der Präferenz der gemeinsamen Geschäftsführer eine glücksspielrechtliche Erlaubnis erteilt worden ist.

Der Antragstellerin steht auch kein Anspruch auf Abweichung vom Mindestabstandsgebot unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalls zu. Im Rahmen der Soll-Vorschrift des § 16 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 AG GlüStV NRW ist eine Unterschreitung des Mindestabstands nur in atypischen Fällen zulässig. Darüber hinaus darf die Erlaubnisbehörde nach § 16 Abs. 3 Satz 3 AG GlüStV NRW unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes und der Lage des Einzelfalls eine abweichende Entscheidung treffen (vgl. zur entsprechenden Berliner Regelungstechnik BVerwG, Urt. v. 16.12.2016 - 8 C 6.15 - BVerwGE 157, 126 = juris, Rn. 50). Insoweit steht der zuständigen Behörde unter Berücksichtigung örtlicher Besonderheiten zwar ein Ermessen zum Abweichen vom Mindestabstandserfordernis offen. Dem Zweck dieser

Ermächtigung (§§ 114 VwGO, 40 VwVfG NRW) entspricht es allerdings, wenn sich die Behörde bei ihren Entscheidungen von der gesetzgeberischen Grundentscheidung in § 16 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 AG GlüStV NRW leiten lässt und grundsätzlich nur in atypischen Fällen, in denen dies nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip erwägenswert ist, überhaupt eine Unterschreitung des Mindestabstands in Betracht zieht.

Diesen Anforderungen wird die Entscheidung der Antragsgegnerin gerecht, auch unter Berücksichtigung der örtlichen Lage der Spielhalle der Antragstellerin mangels eines besonders gelagerten Einzelfalls nicht vom Mindestabstandserfordernis abzuweichen. Gerade in dem hier vorliegenden Urbanen Bereich hat die Antragsgegnerin nachvollziehbar weder die gegenüber der Luftlinienentfernung längere Fußwegentfernung noch den fehlenden Sichtkontakt zwischen den konkurrierenden Spielhallen für sich genommen als atypisch bewertet. Auch den Umstand, dass eine Bahnstrecke zwischen beiden Spielhallen verläuft, hat die Antragsgegnerin gemessen am Zweck der Ermächtigung fehlerfrei für nicht entscheidend gehalten, weil dieses Hindernis wegen der benachbarten Bahnunterführung hier nicht zur Folge hat, dass die tatsächliche Wegstrecke zwischen den Spielhallen untypisch von der Luftlinienentfernung in Innenstadtlagen abweicht. Dabei ist auch nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Betrachtung mit Blick auf ortskundige Spieler auf die kürzeste fußläufige Entfernung zwischen den Eingängen der beiden in Rede stehenden Spielhallen abgestellt hat, die über den H.-Weg verläuft. Ob diese Strecke entsprechend der Annahme der Antragsgegnerin 450 m oder, wie die Antragstellerin meint, 545 m lang ist, ist dabei unerheblich. Denn die Antragsgegnerin hat nach dem Regelungszweck ermessensfehlerfrei unter Hinweis auf die mittlerweile geklärte Verfassungsmäßigkeit selbst eines Luftlinienabstandserfordernisses von 500 m ohne Abweichungsmöglichkeit, von der das BVerfG ausgegangen ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 - 1 BvR 1314/12 u. a. - BVerfGE 145,20 = juris, Rn. 12,18,153), schon die zunächst geltend gemachte Länge des Fußwegs von 580 m nicht wegen örtlicher Besonderheiten als atypisch angesehen. Denn die Abweichungsmöglichkeit hat der Landesgesetzgeber für Fälle vorgesehen, in denen örtlichen Besonderheiten Rechnung getragen werden soll, deren Vernachlässigung Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der Abstandsregelung aufkommen lassen würde. Dies wurde unter anderem bei Geländehindernissen wie Bahnlinien oder Flussläufen für möglich gehalten, wenn sie die fußläufige Erreichbarkeit atypisch erschweren (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 05.10.2017 - 3 B 175/ 17 - ZfWG 2017, 547 = juris, Rn. 22; VG Münster, Urt. v. 10.02.2016 - 9 K 2701/14 - ZfWG 2016, 284 = juris, Rn. 36; MIK NRW, Erlass v. 10.05.2016 - 113-38.07.13 - 5 - S. 5 f., <https://www.im.nrw/sites/default/files/media/document/file/Spielhallenerlass%202016.pdf>).

Wie ausgeführt, ist mittlerweile höchstrichterlich geklärt, dass Letzteres selbst dann noch nicht der Fall ist, wenn die tatsächliche Wegstrecke zwischen zwei Spielhallen im Einzelfall mehr als das Doppelte des nach der Luftlinie bemessenen Mindestabstands beträgt. Das ist hier eindeutig nicht der Fall.

Ungeachtet der fehlerfreien Ermessensentscheidung im konkreten Fall, bietet die gesetzliche Regelung jedenfalls keine Grundlage für die Annahme, bereits bei einer Wegstrecke, die wegen einer Bahnlinie oder sonstiger Straßenführungen länger als die Luftlinie, aber nicht einmal doppelt so lang ist wie der gesetzliche Mindestabstand, könnte ein Anspruch auf eine Abweichung vom Mindestabstandserfordernis bestehen, der die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die Schließungsverfügung rechtfertigen könnte.

2. Für den darüber hinaus begehrten Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO, die die Antragsgegnerin zur Duldung der - vollziehbar zu schließenden - streitgegenständlichen Spielhalle verpflichten würde, bleibt von vornherein kein Raum, weil die Schließungsverfügung nicht außer Vollzug zu setzen ist. Ungeachtet dessen läge auch der hierfür erforderliche Anordnungsanspruch nach §§ 123 Abs. 3 VwGO, 920 Abs. 2 ZPO nicht vor, weil die Antragstellerin aus den vorgenannten Erwägungen entgegen ihrem Beschwerdevorbringen keine Erlaubnis beanspruchen kann.