

Beschluss Az. 7 ME 82/13*

Niedersächsisches OVG

8. November 2013

Gründe

- 1 Die Beschwerde gegen den im Tenor bezeichneten Beschluss des Verwaltungsgerichts, mit dem es den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebende Wirkung der Klage gegen den auf §15 Abs. 2 GewO gestützten Bescheid des Antragsgegners vom 18. Juni 2013, der den weiteren Betrieb der Spielhalle der Antragstellerin über den 1. Juli 2013 hinaus wegen Fehlens der glücksspielrechtlichen Genehmigung nach §24 GlüStV untersagt, hat Erfolg.
- 2 Die mit der Beschwerde dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat gemäß §146 Abs.4 Satz4 VwGO beschränkt ist, rechtfertigen die Änderung der Entscheidung des Verwaltungsgerichts.
- 3 Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts müssen nach §80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar erklärte Eingriffe in grundrechtlich gewährleistete Freiheiten noch einmal einer gesonderten - über die Beurteilung der zugrunde liegenden Verfügung hinausgehenden - Verhältnismäßigkeitsüberprüfung unterzogen werden (BVerfG, Beschl. v. 24.10.2003 - 1 BvR 1594/03 -, NJW 2003, 3618f.), selbst die offensichtliche Rechtmäßigkeit der Maßnahme erlaubt nicht notwendig die Anordnung ihrer sofortigen Vollziehung (vgl. BVerfG, Beschl. v. 08.04.2010 -1 BvR 2709/09 -, juris). Der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG kommt die Aufgabe zu, irreparable Entscheidungen, wie sie durch die sofortige Vollziehung einer hoheitlichen Maßnahme eintreten können, soweit als möglich auszuschließen (BVerfG, Beschl. v. 19.12.2007 - 1 BvR 2157/07 -, juris; u.v. 08.04.2010, aaO). Ausgehend hiervon erweist sich die Anordnung der sofortigen Vollziehung auf der Grundlage der vom Antragsgegner in seinem Bescheid vom 18. Juni 2013 gegebenen Begründung als nicht tragfähig, da seiner Rechtsauffassung zur Auslegung der Übergangsvorschrift des §29 Abs. 4 GlüStV voraussichtlich nicht zu folgen sein wird:
- 4 Nach §29 Abs. 4 GlüStV gelten Spielhallen, die zum Zeitpunkt des Inkraft-

*<http://openjur.de/u/657025.html> (= openJur 2013, 43189)

tretens des Staatsvertrages – in Niedersachsen am 1. Juli 2012 - bestanden und für die bis zum 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis nach §33i GewO erteilt worden war, deren Geltungsdauer nicht innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Vertrages endet, bis zum Ablauf von fünf Jahren nach Inkrafttreten des Vertrages als mit §§24 und 25 GlüStV vereinbar (§29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV); Spielhallen, für die nach dem 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis nach §33i GewO erteilt worden ist, gelten (nur) bis zum Ablauf von einem Jahr nach Inkrafttreten des Staatsvertrages als mit §§24 und 25 GlüStV vereinbar (§29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV). Sie sind für den betreffenden Zeitraum von der formellen (glücksspielrechtlichen) Erlaubnispflicht nach §24 Abs. 1 GlüStV und von einer Einhaltung der materiellen Erfordernisse der §§24 Abs. 2, 25 GlüStV freigestellt, was ihnen die Fortsetzung einer bisher legalen Betätigung ermöglicht.

- 5 Für den Betrieb der Spielhalle in B. erhielt die Vorgängerin der Antragstellerin am 15. Juli 1987 die Erlaubnis nach §33i GewO; der Antragstellerin selbst wurde nach der Betriebsübernahme im März 2012 die Erlaubnis nach §33i GewO am 18. April 2012 erteilt. Damit wird rechtserheblich, ob für die Anwendung der – kurzen – einjährigen Übergangsfrist des §29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV im Falle eines zwischenzeitlichen Inhaberwechsels auf die Erteilung der Spielhallenerlaubnis nach §33i GewO an den neuen Betreiber abzustellen ist, wie der Antragsgegner es unter Hinweis auf die Entscheidung des VG Freiburg vom 13. Dezember 2012 (Az. 3 K 2074/12, juris) vertritt, oder ob die letzte - vor dem Stichtag erfolgte - Erteilung der Erlaubnis für die Spielhalle an die Betriebsvorgängerin, die den zuletzt unter altem Recht genehmigten legalen Zustand reflektiert, und deren (verbleibende) Geltungsdauer maßgeblich ist. Im letzteren Fall fände die (maximal) fünfjährige Frist des §29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV Anwendung, so dass eine Untersagung nach §15 Abs. 2 GewO wegen Fehlens der glücksspielrechtlichen Erlaubnis (§24 Abs. 1 GlüStV) gegenwärtig nicht möglich wäre. Die Regelungsbereiche der fünf- und der einjährigen Übergangsfrist des §29 Abs. 4 GlüStV bedürfen daher einer Abgrenzung. Denn auch wenn wegen eines Betreiberwechsels nach dem 28.10.2011 eine neue Spielhallenerlaubnis erteilt werden muss, handelt es sich, sofern die Spielhalle von dem neuen Betreiber unverändert übernommen wird, um einen Betrieb, für den bis zum 28.10.2011 eine Erlaubnis nach §33i GewO erteilt worden ist (Odenthal, Das Recht der Spielhallen nach dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag, GewArch 2012, 345, 348).
- 6 §29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV setzt – neben der Erlaubniserteilung bis zum 28. Oktober 2011 - voraus, dass die Spielhalle bei Inkrafttretens des Staatsvertrages am 1. Juli 2012 „besteht“. Im Unterschied dazu sieht §29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV dieses Erfordernis nicht vor, woraus zunächst zu schließen ist, dass die kurze einjährige Übergangsfrist – neben solchen Spielhallen, für die am 28. Oktober 2011 noch keine Genehmigung vorlag - jedenfalls die am 1. Juli 2012 (noch) nicht bestehenden Spielhallen erfassen soll (vgl. Dietlein/Hecker/Ruttig, GlüSpR, 2. Aufl. 2013, §29 GlüStV Rn. 15). Diese Spielhallen sind zugleich von der Härteregelung des §29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV ausgeschlossen. Die hier maßgebliche Frage ist, ob §29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV darüber hinaus auch bei Spielhallen zur Anwen-

dung kommt, die bei Inkrafttreten des Staatsvertrages bestanden haben, bei denen aber innerhalb der Übergangsfristen ein Betreiberwechsel stattgefunden hat bzw. stattfindet und deshalb eine Neuerteilung der Erlaubnis nach §33i GewO erforderlich wird. Sie dürfte zu verneinen sein:

- 7 Die Übergangsregelung des §29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV ist bereits nach ihrem Wortlaut eindeutig spielhallenbezogen, nicht betreiberbezogen (zutr. Odenthal, aaO, GewArch 2012, 345, 348; ebenso Erlass des Ministeriums für Inneres und Kommunales Nordrhein-Westfalen v. 10.12.2012). Die Vorschrift knüpft – wie dargelegt – daran an, dass die Spielhalle zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Staatsvertrages besteht und für sie bis zum 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis nach §33i GewO erteilt worden ist. Damit wird – abweichend vom Sprachgebrauch in §24 Abs. 2 und §26 GlüStV – nicht der Betrieb der Spielhalle durch den Inhaber angesprochen, sondern – sachbezogen – an deren (schlichtes) Vorhandensein angeknüpft.
- 8 Wenn der Bestandsschutz nach der Vorstellung der Staatsvertragsparteien demgegenüber personenbezogen hätte gestaltet werden sollen, hätte die Wahl einer Formulierung wie „Betreiber, denen bis zum ...“ nahe gelegen. Eine solche betreiberbezogene Interpretation hätte zur Folge, dass die neu eingeführten Abstandsvorschriften (§25 Abs. 1 GlüStV, §10 Abs. 2 GlüSpG), die hier der Erteilung einer glücksspielrechtlichen Genehmigung nach §24 GlüStV an die Antragstellerin entgegen stehen, sich für die Inhaber bestehender Erlaubnisse praktisch als absolutes Veräußerungshindernis auswirken würden, da der Betrieb bei einem Ausscheiden des Inhabers mangels glücksspielrechtlicher Genehmigungsfähigkeit schon vor Ablauf der Übergangsfristen unmittelbar eingestellt werden müsste. Dies beträfe nicht nur gewillkürte Rechtsübertragungen, sondern auch Fälle der gesetzlichen Rechtsnachfolge, etwa im Erbfall, da die Erlaubnis nach §33i GewO aufgrund ihres personenbezogenen Gehalts nach h.M. nicht übertragbar ist (Landmann-Rohmer, GewO, §33i Rn. 20). Eine solche betreiberbezogene Ausgestaltung des Bestandsschutzes trüge zudem die Tendenz zu einer Bevorzugung juristischer Personen in sich, da sie Gesellschafter und Geschäftsführer austauschen können, ohne dass deshalb die Neuerteilung der Erlaubnis nach §33i GewO erforderlich wird. Die Konsequenz einer Kappung der fünfjährigen Übergangsfrist für bestehende Spielhallen bei einem Inhaberwechsel, lag aber offensichtlich außerhalb der Vorstellung des Niedersächsischen Landesgesetzgebers. Das macht die Begründung zum Transformationsgesetz deutlich (LT-Drs. 16/4795, S. 94, zu §29 Abs. 4 GlüStV: „Bereits bestehende Spielhallen, für die bis 28. Oktober 2011 eine Erlaubnis erteilt wurde, werden für fünf Jahre von der Erlaubnispflicht freigestellt und ihnen eine Fortsetzung ihrer bisherigen legalen Tätigkeit ohne Erlaubnis ermöglicht. ...“), in der allein auf die Spielhalle abgestellt und ein Betreiber überhaupt nicht erwähnt wird („ihnen“ ist sprachlich auf „Spielhallen“ bezogen).
- 9 Für ein spielhallenbezogenes Verständnis der Übergangsregelung spricht zudem, dass der mit ihr geschaffene Bestandsschutz als Fiktion („gelten ... als verein-

bar“) formuliert worden ist, was die Erteilung einer Erlaubnis nach §33i GewO bei Übernahme eines zum Zeitpunkt des Stichtages bereits bestehenden und genehmigten Betriebes an einen neuen Betreiber während der Übergangszeit zulässt, auch wenn die Spielhalle nach dem ab Inkrafttreten des Staatsvertrages anzuwendenden neuen Recht (vgl. §29 Abs. 4 Satz 1 GlüStV) aufgrund der Anforderungen in §§24 Abs. 2, 25 GlüStV materiell nicht genehmigungsfähig wäre.

- 10 Die spielhallenbezogene Interpretation wird darüber hinaus durch den Sinn der Übergangsregelung des Staatsvertrages nahe gelegt, die Ausnutzung von in Erwartung der Rechtsänderung erlangten „Vorratserlaubnissen“ durch eine enge zeitliche Limitierung ihrer Geltungsdauer unattraktiv zu machen (vgl. die - sprachlich misslungene - Formulierung in LT-Drs. 16/4795, S. 94: „... Die Stichtagsregelung in Satz 3 soll Vorratserlaubnisse in Kenntnis der beabsichtigten Änderung der Rechtslage verhindern“). Denn „Vorratserlaubnisse“ betreffen denotwendig noch nicht bestehende, jedenfalls bisher nicht genehmigte Vorhaben, nicht dagegen Spielhallen, die bereits betrieben werden und über eine Genehmigung verfügen. Ziel des Gesetzgebers dürfte es mithin lediglich gewesen sein, der Entstehung neuer Spielhallen und deren Erweiterung zu bekämpfen, nicht aber, bereits vor Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist unbefristet oder über diesen Zeitraum hinaus genehmigte Spielhallen aufgrund eines zwischenzeitlichen Betreiberwechsels zu schließen. Die Einschränkung in §29 Abs. 4 Satz 2, 2. Halbs. GlüStV, „... deren Geltungsdauer nicht innerhalb von fünf Jahren nach Inkrafttreten dieses Vertrages endet“, bezieht sich bei dieser Lesart lediglich auf nach §33i Abs. 1 Satz 2 GewO befristet erteilte Spielhallenerlaubnisse.
- 11 Es kann auch nicht festgestellt werden, dass der Untersagungsbescheid des Antragsgegners sich aus anderen Gründen als rechtmäßig darstellen würde. Dass die der Betriebsvorgängerin am 15. Juli 1987 erteilte Erlaubnis befristet gewesen sein könnte, ist nach Aktenlage ebenso wenig erkennbar wie eine mangelnde Identität der Spielhalle aufgrund zwischenzeitlich vorgenommener Veränderungen.
- 12 Der Senat macht darauf aufmerksam, dass baden-württembergisches Landesrecht in Niedersachsen keine Anwendung findet und der Hinweis im Bescheid vom 18. Juni 2013 auf §42 GlüSpG Baden-Württemberg daher fehlgeht. Das VG Freiburg ist im Übrigen von seiner bisherigen Rechtsauffassung zur Aussetzung des Sofortvollzuges aus dem Beschluss vom 13. Dezember 2012 (aaO), auf die der Antragsgegner sich noch stützt, inzwischen abgerückt (vgl. Beschl. v. 10.10.2013 - 5 K 1260/13 -, juris).