

**Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 27. März 2017,
Az. 4 B 44/17**

Tenor

Die Beschwerde des Antragstellers gegen die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes durch den Beschluss des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 29.12.2016 wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 30.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe

1

Die Beschwerde des Antragstellers ist unbegründet. Das Verwaltungsgericht hat seinen sinngemäßen Antrag,

2

die aufschiebende Wirkung der Klage 1 K 14434/16 (VG Düsseldorf) gegen die Ordnungsverfügungen der Antragsgegnerin vom 24.11.2016 wiederherzustellen.

3

im Ergebnis zu Recht abgelehnt. Zwar beanstandet der Antragsteller zutreffend, dass das Verwaltungsgericht seinen Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG verletzt hat, weil es ihm auf seinen bei Verfahrenseingang gestellten Antrag nicht ermöglicht hat, zu einer beabsichtigten weiteren Begründung die beigezogenen Verwaltungsvorgänge einzusehen, ohne dass dies durch die Eilbedürftigkeit der Sache gerechtfertigt war. Der Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör ist jedoch dadurch geheilt worden, dass dem Prozessbevollmächtigten des Antragstellers die

Verwaltungsvorgänge im Beschwerdeverfahren übersandt worden sind und er danach Gelegenheit hatte, unter Berücksichtigung ihres Inhalts im Beschwerdeverfahren vorzutragen.

4

Vgl. zur Heilung eines im ersten Rechtszug unterlaufenen Gehörsverstoßes, wenn sich der Betroffene in einer höheren Instanz zu den in Frage stehenden tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten äußern kann, OVG NRW, Beschluss vom 2.2.2016 - 16 B 1267/15 -, juris, Rn. 15 f., unter Hinweis auf BVerfG, Entscheidung vom 25.5.1956 - 1 BvR 128/56 -, BVerfGE 5, 22 = juris, Rn. 6.

5

Dass er hiervon keinen Gebrauch gemacht hat, ist für die Heilung unschädlich.

6

Das Beschwerdevorbringen, auf dessen Prüfung der Senat nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO beschränkt ist, stellt die entscheidungstragende Annahme des Verwaltungsgerichts nicht in Frage, die Betriebsuntersagungsverfügungen der Antragsgegnerin vom 24.11.2016 stellten sich auf der von der Antragsgegnerin herangezogenen Grundlage von § 15 Abs. 2 GewO als offensichtlich rechtmäßig dar. Das Verwaltungsgericht hat hierzu ausgeführt, der Antragsteller verfüge nicht über die für den Betrieb seiner spielhallenähnlichen Betriebe Caf, D. , Caf, Q. , C. Caf, und Caf, D1. nach § 33i Abs. 1 GewO, § 24 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW erforderlichen Erlaubnisse. Bei ihnen handele es sich nicht um Schank- oder Speisewirtschaften, weshalb es nicht genüge, dass der Antragsteller über Geeignetheitsbestätigungen nach § 33c Abs. 3 Satz 1 GewO für das Aufstellen von Spielgeräten in diesen Betriebsräumlichkeiten verfüge.

7

Auch wenn das Verwaltungsgericht auf das formelle Begründungserfordernis nach § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO nicht gesondert eingegangen ist, hat die Antragsgegnerin die Anordnung der sofortigen Vollziehung ausreichend begründet. In der Begründung einer Vollziehungsanordnung hat die Behörde schlüssig, konkret und substantiiert darzulegen, aufgrund welcher Erwägungen sie gerade im vorliegenden Einzelfall ein besonderes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung als gegeben ansieht und das Interesse des Betroffenen am Bestehen der gesetzlich vorgesehenen aufschiebenden Wirkung ausnahmsweise zurückzutreten hat.

8

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 18.9.2001 - 1 DB 26.01 -, juris, Rn. 6.

9

Diesen Anforderungen hat die Antragsgegnerin genügt, indem sie darauf abgestellt hat, es könne vor allem mit Blick auf den Jugendschutz und die Suchtprävention sowie zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen nicht hingenommen werden, dass die Antragstellerin während eines möglicherweise lang andauernden Rechtsstreits weiterhin illegales Glücksspiel betreibe. Die Antragsgegnerin war nicht gehindert, ein besonderes Vollziehungsinteresse anzunehmen, nur weil die Auseinandersetzung um diese vier Betriebe seit über drei Jahren schwelt. Als die Antragsgegnerin nach dem erfolglosen Versuch, die dem Antragsteller erteilten Geeignetheitsbestätigungen zu widerrufen, einen anderen rechtlichen Weg für ein Einschreiten erkannt hatte, durfte sie mit sofortiger Wirkung gegen die für formell und materiell rechtswidrig gehaltene Betriebsführung vorgehen. Ob die zur Begründung der Anordnung der sofortigen Vollziehung angeführten Gründe diese tatsächlich rechtfertigen, ist in diesem Zusammenhang unbeachtlich. Die Beurteilung, ob das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin die gegenläufigen Vollziehungsinteressen überwiegt, ist vielmehr Teil der gerichtlichen Interessenabwägung im Rahmen des Verfahrens nach § 80 Abs. 5 VwGO.

10

Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 31.5.2016 - 4 B 1360/15 -, juris, Rn. 6.

11

In der Sache ist das Verwaltungsgericht offenkundig zutreffend davon ausgegangen, dass die in Rede stehenden Betriebe des Antragstellers tatsächlich nicht als Schankwirtschaften im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielVO genutzt werden, sondern einer Erlaubnis als Spielhallen gemäß § 24 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW bedürfen. Eine Spielhalle ist nach § 16 Abs. 1 AG GlüStV NRW ein Unternehmen oder Teil eines Unternehmens im stehenden Gewerbe, das ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele im Sinne des § 33c Abs. 1 Satz 1 oder des § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO dient. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielVO dürfen Geldspielgeräte unter anderem - was hier abgesehen von einer Spielhallennutzung allein in Betracht kommt - nur in Räumen von Schank- oder Speisewirtschaften, in denen Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden, aufgestellt werden. Die streitgegenständlichen jeweils als Cafés bezeichneten Betriebsräume des Klägers sind keine Schankwirtschaften im vorgenannten Sinne. Das sind nur gewerbliche Räume, die durch den Schankbetrieb geprägt sind und nicht überwiegend einem anderen Zweck dienen.

12

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 18.3.1991 - 1 B 30.91 -, GewArch 1991, 225 = juris, Rn. 5; OVG NRW, Urteil vom 10.11.2016 - 4 A 466/14 -, juris, Rn. 31, m. w. N.

13

Auch wenn die Räume, auf die sich die Untersagungsverfügungen beziehen, nach ihrem optischen Eindruck mit Tischen und Stühlen als Schankwirtschaften eingerichtet sein mögen und auf baubehördliches Verlangen eine Mindestgröße von 36 m² überschreiten, weil dies vor der Errichtung als Voraussetzung für die Erteilung und einer Baugenehmigung für Schankwirtschaften angesehen worden war, fehlt es zweifelsfrei an überwiegend durch den Schankbetrieb geprägten Nutzungen. Vielmehr dienen die Räume

überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten im Sinne des § 33c Abs. 1 Satz 1 GewO und bedürfen deshalb als Spielhallen der Erlaubnis nach § 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW. Obwohl die Spielgeräte jeweils nur einen untergeordneten Raum einnehmen, ist nach den Feststellungen der Antragsgegnerin offensichtlich, dass die Räume praktisch ausnahmslos dazu genutzt werden, um die aufgestellten Geldspielgeräte zu nutzen, während ein Aufenthalt von Gästen zur Einnahme von Getränken nur als absolute Ausnahme festzustellen war. Das Getränkeangebot ist äußerst begrenzt. Die Räume sind Teil eines Gebäudekomplexes, in dem zwei Spielhallen untergebracht sind, die ebenso wie die vier als "Cafés" bezeichneten und eingerichteten Räume an einen gemeinsamen Aufsichtsbereich angrenzen. Während die Cafés tagsüber meist geschlossen sind, bieten sie nach Beginn der Sperrzeit der Spielhallen Gelegenheit zum Weiterspielen an Geldspielgeräten, ohne dass in dieser Zeit eine Prägung als Schankbetriebe festzustellen ist.

14

Auch wenn der persönliche Geschmack der Einrichtung, der Ausschank von Alkohol und die Zahl der Gäste Ausprägung der unternehmerischen Freiheit des Betreibers sein mögen, so ergibt sich eine gastronomische Nutzung nicht schon aus dem optischen Eindruck der Einrichtung. Eine gastronomische Nutzung muss vielmehr tatsächlich stattfinden und gegenüber anderen Nutzungszwecken wie etwa dem Spielen an Geldspielgeräten überwiegen. Dass dies der Fall ist, ergibt sich nicht einmal aus dem Vorbringen des Antragstellers, selbst wenn man berücksichtigt, dass danach regelmäßig 20 Personen benachbarter Gewerbebetriebe, die ihre Speisen mitbringen, bei ihm frühstücken.

15

Danach überwiegt das öffentliche Interesse an der sofortigen Untersagung der offensichtlich unzulässigen Betriebsführung gegenüber den rechtlich nicht schutzwürdigen gegenläufigen Interessen des Antragstellers an einer vorläufig weiteren Nutzung. Die erteilten Baugenehmigungen berechtigen ihn nur zu einer tatsächlichen

Nutzung der Räume als Schankwirtschaften, nicht aber zum verdeckten Betreiben weiterer Spielhallen unter dem Decknamen "Café".

16

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

17

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2 und 2, 52 Abs. 1 GKG und berücksichtigt, dass Gegenstand des Beschwerdeverfahrens vier Spielhallen sind.

18

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§§ 152 Abs. 1 VwGO, 68 Abs. 1 Satz 5, 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).