

## **OVG NRW – Beschluss vom 18.07.2018 – 4 B 179/18**

Gericht: Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 4. Senat

Entscheidungsdatum: 18.07.2018

Rechtskraft: ja

Aktenzeichen: 4 B 179/18

ECLI: ECLI:DE:OVGNRW:2018:0718.4B179.18.00

Dokumenttyp: Beschluss

### **Normen:**

§ 15 Abs 2 GewO, § 33i GewO, § 16 Abs 2 S 1 GlüStVtrAG NW, § 16 Abs 3 S 1 GlüStVtrAG NW, § 40 VwVfG NW

### **Zitiervorschlag:**

§ 15 Abs 2 GewO, § 33i GewO, § 16 Abs 2 S 1 GlüStVtrAG NW, § 16 Abs 3 S 1 GlüStVtrAG NW, § 40 VwVfG NW

Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 18. Juli 2018 – 4 B 179/18 –, juris

### **Rechtsschutz gegen die Schließung von Bestandsspielhallen, die nach einer Auswahlentscheidung keine neue Erlaubnis erhalten**

#### **Leitsatz:**

1. Die Fortsetzung einer ohne die erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis betriebenen Spielhalle kann nach § 15 Abs. 2 GewO verhindert werden.(Rn.5)(Rn.11)(Rn.15)

2. Bezogen auf eine bis zum 30.11.2017 rechtmäßig betriebene Spielhalle, für die wegen des Mindestabstandsgebots nach § 16 Abs. 3 Satz 1 AG GlüStV NRW (juris: GlüStVtrAG NW) keine neue Erlaubnis erteilt worden ist, ist im Rahmen der nach § 15 Abs. 2 GewO zu

treffenden Ermessensentscheidung zu berücksichtigen, dass dem Betreiber vor einer Schließung effektiver Rechtsschutz zur Überprüfung einer gegen ihn ergangenen Auswahlentscheidung und nach entsprechender Klärung eine zur ordnungsgemäßen Abwicklung des Betriebs erforderliche Frist zu gewähren ist.(Rn.46)

### **Verfahrensgang:**

vorgehend VG Gelsenkirchen 19. Kammer, 30. Januar 2018, 19 L 3493/17

### **Tenor:**

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Gelsenkirchen vom 30.1.2018 geändert.

Die aufschiebende Wirkung der Klage 19 K 12161/17 (VG Gelsenkirchen) gegen die Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 4.12.2017 wird hinsichtlich der Regelungen in Ziffern 1. und 2. der Verfügung wiederhergestellt.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

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

### **Gründe:**

- 1 Die Beschwerde der Antragstellerin ist begründet.
- 2 Die im Rahmen des § 80 Abs. 5 VwGO vorzunehmende Abwägung zwischen dem privaten Interesse des Betroffenen, von der sofortigen Vollziehung bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens verschont zu bleiben, und dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Durchsetzung der für notwendig erachteten Maßnahmen fällt zu Lasten der Antragsgegnerin aus.
- 3 Bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren allein möglichen und gebotenen summarischen Prüfung erweist sich die angegriffene Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 4.12.2017 hinsichtlich der in zweiter Instanz allein noch streitgegenständlichen Ziffern 1 und 2 (Untersagungs- und Schließungsanordnung) als offensichtlich rechtswidrig.
- 4 Zwar wird die entscheidungstragende Annahme des Verwaltungsgerichts, die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Untersagungs- und Schließungsanordnung hinsichtlich des Betriebs

der Spielhalle S---straße 4 in G. nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO lägen vor, weil die Antragstellerin nicht über die zum Betrieb dieser Spielhalle gemäß §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 Satz 1 AG GlüStV NRW notwendige glücksspielrechtliche Erlaubnis verfüge, durch das Beschwerdevorbringen nicht erschüttert (dazu unten 1.). Allerdings rügt die Antragstellerin zutreffend, dass die Antragsgegnerin ihr durch § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO eingeräumtes Ermessen nicht ordnungsgemäß ausgeübt hat (dazu unten 2.).

- 5 1. Nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO kann die zuständige Behörde die Fortsetzung des Betriebs verhindern, wenn ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Erlaubnis, Genehmigung, Konzession oder Bewilligung (Zulassung) erforderlich ist, ohne Zulassung betrieben wird. Die Bestimmung setzt voraus, dass ein grundsätzlich nach Gewerberecht oder gewerberechtlichem Nebenrecht zulassungsbedürftiges Gewerbe betrieben wird, eine derartige Zulassung aber fehlt. Das auf das in Rede stehende Gewerbe bezogene Zulassungserfordernis kann sich auch aus landesrechtlichen Vorschriften ergeben.
- 6 Vgl. BVerwG, Urteil vom 21.6.2006 – 6 C 19.06 –, BVerwGE 126, 149 = juris, Rn. 39.
- 7 Das Erfordernis einer Erlaubnis nach §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW, deren Fehlen die Antragsgegnerin der Antragstellerin vorhält, gehört zum Gewerberecht oder zum gewerberechtlichen Nebenrecht, auf das § 15 Abs. 2 GewO abstellt, obwohl es landesrechtlich begründet ist. Es fällt unter das in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallende Recht der Spielhallen nach Art. 70, 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, das die gewerberechtlichen Anforderungen an den Betrieb und die Zulassung von Spielhallen erfasst.
- 8 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u. a. –, BVerfGE 145, 20 = juris, Rn. 100 ff., 105.
- 9 § 15 Abs. 2 GewO gilt im Bereich des in die Gesetzgebungskompetenz der Länder übergebenen Rechts der Spielhallen gemäß Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG als Bundesrecht fort. Es ist nicht wie das Genehmigungserfordernis nach § 33i GewO zeitlich gestuft gemäß Art. 125a Abs. 1 Satz 2 GG durch Landesrecht ersetzt worden. Mittlerweile ist in der Rechtsprechung des Senats geklärt, dass sich das Erlaubniserfordernis für den Betrieb von Spielhallen wegen sich überschneidender Regelungsbereiche nur noch aus dem hierfür mittlerweile geltenden Landesrecht ergibt.
- 10 Vgl. OVG NRW, Urteil vom 16.4.2018 – 4 A 589/ 17 –, StGR 2018 Nr. 6, 34 = juris, Rn. 39 ff., 46 f., m. w. N.

- 11 Dies gilt jedoch nicht für § 15 Abs. 2 GewO. Diese Ermächtigung zum Einschreiten gegen den Betrieb auch von Spielhallen ohne die erforderliche Erlaubnis ist nicht in gleicher Weise wie das Erlaubniserfordernis selbst durch Landesrecht ersetzt worden. Denn der Glücksspielstaatsvertrag und das auf die Regelung eines klar abgrenzbaren Teilbereichs des Rechts der Spielhallen begrenzte,
- 12 vgl. OVG NRW, Urteil vom 16.4.2018 – 4 A 589/17 –, StGR 2018 Nr. 6, 34 = juris, Rn. 49,
- 13 Landesausführungsgesetz enthalten keine § 15 Abs. 2 GewO ersetzende Eingriffsermächtigungsnorm. § 9 Abs. 1 Sätze 2 und 3 GlüStV gelten gemäß § 2 Abs. 3 GlüStV für Spielhallen nicht. § 20 Abs. 1 AG GlüStV NRW i. V. m. § 9 GlüStV ist eine reine Zuständigkeitsnorm, die keine Eingriffsbefugnisse verleiht.
- 14 Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 22.8.2014 – 4 B 717/14 –, NWVBl. 2015, 66 = juris, Rn. 3 ff.
- 15 Deshalb betrachtet der Senat die von ihm bisher noch offen gelassene Frage, ob gegen ohne Erlaubnis betriebene Spielhallen nach § 15 Abs. 2 GewO oder nach § 14 Abs. 1 OBG NRW vorzugehen ist,
- 16 vgl. OVG NRW, Urteil vom 16.10.2017 – 4 A 1607/ 16 –, ZfWG 2018, 29 = juris, Rn. 30 ff.,
- 17 mittlerweile im oben genannten Sinne als geklärt.
- 18 Ausgehend davon hat das Verwaltungsgericht zutreffend angenommen, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein Einschreiten nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO vorliegen, weil die Antragstellerin die Spielhalle in der S.---straße 4 in G. ohne die nach §§ 24 Abs. 1 GlüStV, 16 Abs. 2 AG GlüStV NRW erforderliche Erlaubnis betreibt. Hinsichtlich der gesetzlichen Voraussetzungen für ein Einschreiten nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO ist unerheblich, dass die Antragstellerin gegen die Ablehnung ihres Erlaubnisanspruchs noch um Rechtsschutz nachsucht. Erst die Erteilung der erforderlichen Erlaubnis, nicht schon ein hierauf gerichteter Antrag oder eine entsprechende Klage, schließt ein Einschreiten nach dieser Vorschrift aus. Denn Zweck der 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.

- 19 Vgl. Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand: Oktober 2017, § 15 Rn. 12 ff.; zu der vergleichbaren Eingriffsermächtigung in § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GlüStV BVerwG, Urteile vom 16.5.2013 – 8 C 41. 12 –, ZfWG 2013, 379 (Leitsatz) = juris, Rn. 32 und 54, und vom 20.6.2013 – 8 C 46.12 –, BVerwGE 147, 81 = juris, Rn. 41 und 43.
- 20 Ob die Antragstellerin über Erlaubnisse für das Aufstellen von Spielgeräten nach § 33c GewO verfügt, ist bezogen auf den ebenfalls erlaubnispflichtigen Betrieb einer Spielhalle offensichtlich irrelevant.
- 21 2. Gleichwohl erweist sich die angegriffene Ordnungsverfügung vom 4.12.2017 hinsichtlich der Ziffern 1 und 2 (Untersagungs- und Schließungsanordnung) als offensichtlich rechtswidrig, weil die Antragsgegnerin ihr durch § 15 Abs. 2 GewO eingeräumtes Ermessen nicht ausgeübt hat.
- 22 Die Antragsgegnerin hat ihre Untersagungs- und Schließungsanordnung ausschließlich auf das Fehlen der zum Betrieb der Spielhalle erforderlichen glücksspielrechtlichen Erlaubnis gestützt. Sie hat dabei ausdrücklich klargestellt, auch mit Blick auf das anhängige Klageverfahren gegen die Versagung der von der Antragstellerin beantragten Erlaubnis sei ein vorläufiger Weiterbetrieb der Spielhalle nicht möglich. Sie habe keine Möglichkeit, das in § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO gegebene Ermessen zu Gunsten der Antragstellerin auszuüben. Hierfür beruft sie sich auf den Senatsbeschluss vom 28.9.2017 – 4 B 1026/17 –. Damit hat die Antragsgegnerin fehlerhaft angenommen, sie sei zum Erlass einer Untersagungs- und Schließungsverfügung verpflichtet, ohne dass sie ihr in diesem Zusammenhang bestehendes Ermessen, das ihr tatsächlich eine abweichende Entscheidung ermöglichte, erkannt hat. Ausgehend davon hat sie dieses Ermessen tatsächlich nicht, also auch nicht gemäß § 40 VwVfG NRW, § 114 Satz 1 VwGO dem Zweck der Ermächtigung entsprechend, ausgeübt.
- 23 Die Ausübung des Ermessens war hier nicht entbehrlich. Die von der Antragsgegnerin der Sache nach angenommene Ermessensreduzierung auf Null zulasten der Antragstellerin lag nicht vor. Insbesondere lässt sich diese nicht der Rechtsprechung des Senats entnehmen, wonach ein Spielhallenbetrieb 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.
- 24 Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 28.9.2017 – 4 B 1026/17 –, juris, Rn. 13 f., vom 11.1.2018 – 4 B 1375/17 –, ZfWG 2018, 177 = juris, Rn. 8 f., und vom 15.3.2018 – 4 B 1374/17 –, juris, Rn. 8 f., jeweils m. w. N.

- 25 Eine Verpflichtung zum Einschreiten bzw. eine entsprechende Ermessensreduzierung auf Null liegt nämlich nicht schon dann vor, wenn lediglich keine behördliche Duldungspflicht besteht, also auf der Grundlage einer fehlerfreien Ermessensentscheidung eine Schließung der Spielhalle möglich ist.
- 26 Vor allem aber betrafen diese Entscheidungen des Senats jeweils Spielhallen, die der bereits 2013 abgelaufenen einjährigen Übergangsfrist nach § 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV unterfielen, deren Betreiber also schon seit 2013 nicht über die erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis verfügten und ihren Betrieb spätestens nach Klärung der Verfassungsmäßigkeit der Übergangsregelung in § 29 Abs. 4 GlüStV,
- 27 vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u. a. –, BVerfGE 145, 20 = juris, Rn. 176 ff., 196 ff.,
- 28 einzustellen hatten. Ihnen hatte der Gesetzgeber keinen weitergehenden Bestandsschutz, nicht einmal in Form einer möglichen Härtefallerlaubnis eingeräumt, so dass sie wie Neubewerber zu behandeln waren. Hiervon unterscheiden sich Spielhallen, die – wie hier – der fünfjährigen Übergangsfrist nach § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV unterfielen, für die grundsätzlich jedenfalls bis zum 30.11.2017 zumindest ein Anspruch auf eine Härtefallerlaubnis nach § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV bestand,
- 29 vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 8.6.2017 – 4 B 307/17 –, NWVBl. 2017, 431 = juris, Rn. 73, und vom 28.9.2017 – 4 B 1026/17 –, juris, Rn. 23,
- 30 und deren rechtmäßiger Fortbetrieb wegen mindestens einer weniger als 350 m entfernten anderen Spielhalle mit Blick auf §§ 16 Abs. 3 Satz 1, 18 AG GlüStV NRW möglich ist, aber von einer behördlichen Auswahlentscheidung abhängt. Bei diesen kann insbesondere erst recht nicht generell angenommen werden, dass jedes Zuwarten vor einer behördlichen Schließungsanordnung rechtswidrig wäre.
- 31 Im Gegenteil sind hier Besonderheiten gegeben, die es erfordern, Ermessenserwägungen dahingehend anzustellen, ob von einer Schließung der Spielhalle gegebenenfalls vorübergehend Abstand genommen werden soll.
- 32 Es liegt nicht der Regelfall vor, auf den § 15 Abs. 2 GewO zugeschnitten ist, in dem nämlich ein gewerblicher Betrieb ohne die erforderliche Erlaubnis begonnen worden ist.
- 33 Vgl. zur dies ausdrücklich zum Ausdruck bringenden früheren Gesetzesfassung Nds. OVG, Beschluss vom 6.9.1976 – 7 B 62/76 –, GewArch 1977, 18 f.

- 34 Da das Gesetz die vorherige Erteilung der Erlaubnis verlangt, ist einem Betreiber in einem solchen Regelfall grundsätzlich zuzumuten, vor Aufnahme eines Gewerbes zunächst das Erlaubnisverfahren abzuwarten. In Fällen dieser Art können Ermessenserwägungen dahingehend entbehrlich sein, ob von einer Schließung vorübergehend Abstand genommen werden soll, wenn der Betroffene etwa die erforderliche Erlaubnis nicht einmal beantragt und die Behörde zum Ausdruck bringt, dass sie die Fortführung des nicht erlaubten und nicht offensichtlich genehmigungsfähigen Betriebs nicht hinzunehmen bereit ist.
- 35 Vgl. BVerwG, Urteil vom 9.3.2005 – 6 C 11.04 –, NVwZ 2005, 961 = juris, Rn. 3, 31.
- 36 Abweichend von einem derartigen Regelfall hat die Antragstellerin die in Rede stehende sogenannte Bestandsspielhalle zunächst ordnungsgemäß mit der dafür erforderlichen, bis zum 30.11.2017 befristeten, Erlaubnis betrieben und lediglich nach Ablauf der hierfür geltenden fünfjährigen Übergangsfrist nach dem Glücksspielstaatsvertrag keine neue Erlaubnis erhalten. Generell hat die Behörde bei Entscheidungen nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen, ob es sich um eine nur formell oder auch materiell rechtswidrige Betriebsführung handelt. Unabhängig davon hat sie von ihrem Ermessen, wo dies sachgerecht erscheint, etwa durch Gewähren angemessener Fristen so Gebrauch zu machen, dass durch die Betriebseinstellung weder dem Betriebsinhaber noch den Betriebsangehörigen vermeidbarer Schaden entsteht.
- 37 Vgl. Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, Stand: Oktober 2017, § 15 Rn. 23 ff., 25.
- 38 Konkret bezogen auf ein Vorgehen gegen bisher zulässigerweise betriebene Spielhallen, die mit Blick auf das Mindestabstandsgebot nach § 16 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 AG GlüStV NRW Gegenstand einer behördlichen Auswahlentscheidung sind, besteht eine besondere Interessenlage, die bei der Ausübung des Ermessens nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO zu berücksichtigen ist. Auch wenn der Gesetzgeber Bestandsinteressen durch die Gewährung einer fünfjährigen Übergangsfrist nach § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV und die in Satz 4 vorgesehene Möglichkeit von Härtefallentscheidungen berücksichtigt hat, lässt sich für die Betreiber von derartigen Bestandsspielhallen, die mit mindestens einer anderen Spielhalle in einem Konkurrenzverhältnis stehen, bis zu einer Auswahlentscheidung nicht verlässlich absehen, ob sie ihren Betrieb letztlich werden fortsetzen können oder aufgeben müssen. Hierauf konnten sie sich allenfalls durch geeignete Vertragsgestaltungen einstellen, die ihnen nach Möglichkeit sowohl die Option zum Weiterbetrieb als auch die alsbaldige Beendigung der Spielhallennutzung offen hielten. Auch um die nach einer negativen Auswahlentscheidung ggf. noch vorzunehmenden Abwicklungsmaßnahmen zu ermöglichen, hat der Gesetzgeber in § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV zur Vermeidung einer unbilligen Härte eine Befreiung von den Anforderungen des Verbots von Mehrfachkomplexen und den Abstandsgeboten für einen angemessenen Zeitraum ermöglicht. Dadurch können besondere

persönliche und wirtschaftliche Umstände berücksichtigt werden, aus denen die Verpflichtung zu einer zu kurzfristigen Betriebsaufgabe – gerade auch mit Blick auf eine vergleichsweise spät getroffene behördliche Auswahlentscheidung – aus von der Berufsfreiheit (oder der Eigentumsfreiheit) geschützten Gründen unverhältnismäßig wäre.

- 39 Vgl. OVG NRW, Beschlüsse vom 8.6.2017 – 4 B 307/17 –, NWVBl. 2017, 431 = juris, Rn. 75 f., m. w. N.
- 40 Darüber hinaus ermöglicht und gebietet das in § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO eingeräumte Ermessen, dem berechtigten Interesse der Betreiber von Bestandsspielhallen Rechnung zu tragen, gegen von ihnen beanstandete Auswahlentscheidungen effektiven Rechtsschutz zu erlangen, ohne dass sie bis zu einer gerichtlichen Überprüfung der Auswahlentscheidung und einer etwaigen Neuauswahl vom legalen Markt ausgeschlossen bleiben, während die Konkurrenten rechtmäßig weiter am Markt tätig werden und den verbleibenden Markt unter sich aufteilen könnten. Aus dem Gebot effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG können sich Vorwirkungen sowohl für die gesetzliche Ausgestaltung als auch die praktische Handhabung des dem Gerichtsprozess vorgelagerten Verwaltungsverfahrens ergeben. Dieses darf nicht so angelegt werden, dass gerichtlicher Rechtsschutz vereitelt oder unzumutbar erschwert wird.
- 41 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80 –, BVerfGE 61, 82 = juris, Rn. 78; Urteile vom 24.4.1985 – 2 BvF 2/83 u. a. –, BVerfGE 69, 1 = juris, Rn. 107, und vom 14.5.1996 – 2 BvR 1516/93 –, BVerfGE 94, 166 = juris, Rn. 136.
- 42 Mit Blick auf die jedenfalls teilweise nicht rückgängig zu machenden wirtschaftlichen Folgen einer Betriebsaufgabe verstößt die Anordnung der sofort umzusetzenden Schließung einer der fünfjährigen Übergangsfrist unterfallenden Bestandsspielhalle, deren Fortbestand in Konkurrenzsituationen von einer behördlichen Auswahlentscheidung abhängt, weil sie die übrigen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt, grundsätzlich gegen das Gebot effektiven Rechtsschutzes. Insoweit hat die Behörde zu berücksichtigen, dass die Fortführung einer bisher rechtmäßig betriebenen Spielhalle in Rede steht, von denen nach der gesetzgeberischen Konzeption nur einige übrig bleiben sollen, deren Auswahl gesetzlich nur sehr allgemein vorgegeben ist, was nach höchstrichterlicher Rechtsprechung eine einzelfallbezogene Betrachtung und deren gerichtliche Überprüfung erfordert.
- 43 Vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u. a. –, BVerfGE 145, 20 = juris, Rn. 185 f.
- 44 Dabei muss die Behörde im Interesse einer möglichst zeitnahen Umsetzung der Mindestabstandserfordernisse auch bezogen auf Bestandsspielhallen nicht notwendig den



Ausgang von Klageverfahren gegen konkurrierenden Spielhallenbetreibern erteilte Erlaubnisse sowie die zugrunde liegenden Auswahlentscheidungen abwarten. Sie muss aber Gelegenheit für eine gerichtliche Überprüfung der Auswahlentscheidung im Rahmen eines Verfahrens vorläufigen Rechtsschutzes einräumen. Erweist sich dabei, dass dem Antragsteller bei Versagung des vorläufigen Rechtsschutzes eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Grundrechten droht, die durch eine der Klage stattgebende Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, so ist – erforderlichenfalls unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs – vorläufiger Rechtsschutz zu gewähren, wenn nicht ausnahmsweise überwiegende gewichtige Gründe entgegenstehen.

- 45 Vgl. BVerfG, Beschluss vom 12.9.2011 – 2 BvR 1206/11 –, NJW 2011, 3706 = juris, Rn. 15; BVerwG, Beschluss vom 10.2.2011 – 7 VR 6.11 –, juris, Rn. 6, jeweils m. w. N.; OVG NRW, Beschluss vom 6.4.2017 – 4 B 799/16 –, GewArch 2018, 39 = juris, Rn. 6 f.
- 46 Vor diesem Hintergrund hängt die Rechtmäßigkeit der Ermessensentscheidung, die im Rahmen einer Schließungsverfügung zu treffen ist, bezogen auf eine bisher rechtmäßig betriebene Bestandsspielhalle, die der fünfjährigen Übergangsfrist unterfiel, für die ein vollständiger Erlaubnisantrag vorliegt und für die die übrigen Erlaubnisvoraussetzungen vorliegen, grundsätzlich davon ab, ob dem bisher nicht berücksichtigten Betreiber vor der vorgesehenen Schließung zum einen Gelegenheit zu einer gerichtlichen Überprüfung einer negativen Auswahlentscheidung gewährt und zum anderen im Anschluss an eine gerichtliche Überprüfung der Auswahlentscheidung eine weitere Frist für ggf. noch vorzunehmende Abwicklungsmaßnahmen eingeräumt wird.
- 47 Vgl. OVG NRW, Beschluss vom 8.6.2017 – 4 B 307/17 –, NWVBl. 2017, 431 = juris, Rn. 52 f., m. w. N.
- 48 Indem sich die Antragsgegnerin in der streitgegenständlichen Schließungsverfügung vom 4.12.2017 allein wegen der nicht vorliegenden Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle zu einer sofortige Betriebsuntersagung und -schließung bis zu einer abschließenden Entscheidung über den Erlaubnisantrag der Antragstellerin verpflichtet sah, hat sie, obwohl dies angesichts der besonderen Überleitungssituation geboten war, nicht einmal erwogen, dass hier jenseits der im Ablehnungsbescheid vom 24.10.2017 angestellten Erwägungen aus Gründen effektiven Rechtsschutzes zunächst eine Überprüfung der Auswahlentscheidung erforderlich war und dass der Antragstellerin hieran anschließend zur Abwicklung ihres Betriebs eine weitere Frist hätte gesetzt werden müssen.

- 49 Wegen des darin liegenden Ermessensausfalls hatte der Senat nicht zu beurteilen, ob die Betriebsschließung auch unter der gebotenen Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles mit einer angemessenen Frist ermessensfehlerfrei hätte ausgesprochen werden können. Insbesondere bestand vor diesem Hintergrund hier auch kein Anlass zu einer Überprüfung der von den Beteiligten übereinstimmend nicht als streitgegenständlich angesehenen Auswahlentscheidung. Zudem hat die Antragsgegnerin die angegriffene Ordnungsverfügung nicht darauf gestützt, dass die Antragstellerin bereits unabhängig von der zuvor getroffenen Auswahlentscheidung und der fehlenden Einhaltung des Mindestabstandsgebots glücksspielrechtliche Erlaubnisvoraussetzungen nicht erfüllt, so dass den lediglich im Rahmen der Auswahlentscheidung sowie im gerichtlichen Verfahren erhobenen Einwänden gegen die Zuverlässigkeit der Antragstellerin auch nach dem erfolgten Wechsel in der Geschäftsführung hier nicht weiter nachzugehen ist.
- 50 Vgl. hierzu OVG NRW, Beschluss vom 27.6.2018 – 4 B 537/18 –, juris.
- 51 Für das weitere Verfahren merkt der Senat an: Sofern die Antragsgegnerin im Rahmen ihres die Besonderheiten des Falles berücksichtigenden Ermessens schon vor Abschluss des gegen die Erlaubniserteilung für die benachbarte Spielhalle der Q. `n d. UG gerichteten Klageverfahrens Rechtsklarheit anstrebt, muss sie der Antragstellerin durch Gewährung einer entsprechenden Frist Gelegenheit geben, die Auswahlentscheidung vor der aufgegebenen Schließung gerichtlich überprüfen zu lassen. Dies kann beispielsweise erfolgen, indem der Antragstellerin eine Frist gesetzt wird, innerhalb derer sie einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung über die Erteilung einer vorläufigen Erlaubnis stellen kann, verbunden mit der Zusage, den rechtskräftigen Abschluss eines derartigen fristgerecht eingeleiteten gerichtlichen Antragsverfahrens abzuwarten. Ebenso denkbar ist, dass die Begründung einer Schließungsanordnung mit einer angemessenen Fristsetzung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO im Rahmen der Ermessensentscheidung auf die getroffene Auswahlentscheidung zwischen den vorhandenen Bestandsspielhallen in geeigneter Weise so Bezug nimmt, dass schon im Rahmen eines gegen eine Schließungsverfügung gerichteten Verfahrens vorläufigen Rechtsschutzes auch die Auswahlentscheidung entweder als Teil der Ermessensentscheidung oder als Vorfrage im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gerichtlich auf ihre rechtliche Tragfähigkeit überprüft werden kann.
- 52 Für die Abwicklung nach etwaiger gerichtlicher Bestätigung der Auswahlentscheidung dürfte im Regelfall eine weitere Frist zu setzen sein, die genügend Raum für eine geregelte Betriebsaufgabe ab dem Zeitpunkt lässt, in dem gegebenenfalls für den Betreiber Klarheit herrscht, dass sich sein Betrieb gegenüber Konkurrenten nicht durchzusetzen vermocht hat und er deshalb nach neuem Recht nicht fortgeführt werden kann. Diese Klarheit besteht für Betreiber von Spielhallen, die der fünfjährigen Übergangsfrist unterfielen, nicht schon seit dem Ablauf dieser Frist. Je später die Auswahlentscheidung, die nach der gesetzlichen

Regelung an sich bis zum 1.7.2017 hätte getroffen werden müssen, um rechtliche Unsicherheiten über die Zulässigkeit der Betriebsfortführung bei Konkurrenz zu benachbarten Spielhallen zu vermeiden,

- 53 vgl. OVG NRW, Beschluss vom 8.6.2017 – 4 B 307/17 –, NWVBl. 2017, 431 = juris, Rn. 71, m. w. N.,
- 54 tatsächlich erfolgt, desto länger besteht die Unsicherheit der Betreiber fort, der durch Gewährung einzelfallbezogener weiterer Fristen im Rahmen der Ermessensentscheidung angemessen Rechnung zu tragen ist.
- 55 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.
- 56 Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 47 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG.
- 57 Dieser Beschluss ist gemäß § 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG unanfechtbar.