

**OVG Thüringen**  
**Beschluss vom 08.04.2015 – 3 EO 775/13**

Vorinstanz: VG Meiningen – 1 E 480/13 Me

wegen Gewerbeordnung,  
hier: Beschwerde nach § 123 VwGO

hat der 3. Senat des Thüringer Oberverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberverwaltungsgericht Bathe, den Richter am Oberverwaltungsgericht Dr. Schwachheim und den Richter am Oberverwaltungsgericht Peters

am 8. April 2015 beschlossen:

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Meiningen vom 20. November 2013 abgeändert und die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die Schließungsverfügung der Antragsgegnerin vom 6. September 2013 wiederhergestellt.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des gesamten Verfahrens zu tragen.  
Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 7.500 € festgesetzt.

**G r ü n d e**

**I.**

Die Antragsgegnerin verfügte mit dem verfahrensgegenständlichen Bescheid vom 6. September 2013 die Schließung einer Spielhalle der Antragstellerin unter gleichzeitiger Anordnung der sofortigen Vollziehung und drohte für den Fall der Nichtbefolgung ein Zwangsgeld an. Zur Begründung führte die Antragsgegnerin u. a. aus:

Die für den Spielhallenbetrieb auf der Grundlage des § 33i GewO erteilte gewerberechtliche Erlaubnis datiere vom 16. Mai 2012. Für solche Fälle der Erlaubniserteilung in der Zeit zwischen dem 28. Oktober 2011 (dem Tag, an dem die Ministerpräsidentenkonferenz beschloss, dem Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag zuzustimmen) und dem 1. Juli 2012 (dem Tag des Inkrafttretens des neuen Glücksspielstaatsvertrags) schreibe § 10 Abs. 2 Nr. 2 ThürSpielhallenG vor, dass nach dem 30. Juni 2013 zusätzlich eine Erlaubnis nach § 2 Abs. 1

ThürSpielhallenG erforderlich sei. Der auf die Erteilung einer solchen Erlaubnis für die Spielhalle gerichtete Antrag der Antragstellerin sei indes abgelehnt worden, weil zwingende Versagungsgründe vorgelegen hätten; die Spielhalle befände sich nämlich im gleichen Gebäudekomplex wie eine andere Spielhalle, für die eine Erlaubnis erteilt worden sei, so dass nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 ThürSpielhallenG eine weitere Spielhalle nicht zugelassen werden dürfe. Folglich lagen die Voraussetzungen des §15 Abs. 2 Satz 1 GewO für eine gewerberechtliche Schließungsverfügung vor.

Das Verwaltungsgericht hat den nach Erhebung des Widerspruchs gegen die Verfügung gestellten Antrag der Antragstellerin auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes abgelehnt.

## II.

Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

Unter Berücksichtigung der derzeitigen Sach- und Rechtslage muss der Ausgang des Hauptsacheverfahrens, also des Widerspruchs- bzw. des nachfolgenden gerichtlichen Verfahrens, als offen angesehen werden. Die demnach im Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nach Maßgabe des § 80 Abs. 5 VwGO durchzuführende Interessenabwägung fällt zu Gunsten der Antragstellerin aus.

Der Ausgang des Hauptsacheverfahrens wird maßgeblich davon abhängen, ob die in § 10 Abs. 2 Nr. 2 ThürSpielhallenG bzw. § 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV normierte Übergangs- und Stichtagsregelung verfassungsgemäß oder jedenfalls in dem von der Antragsgegnerin und dem Verwaltungsgericht verstandenen Sinne auszulegen und anzuwenden ist oder nicht. Diese Frage ist ihrer Schwierigkeit wegen einer Klärung in einem Verfahren auf Gewährung nur vorläufigen Rechtsschutzes nicht zugänglich. Die bisher ergangene Rechtsprechung ist im Ergebnis und in der Begründung uneinheitlich. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof hat die Bestimmung des § 29 Abs. 4 GlüStV und der entsprechenden bayerischen Landesregelung für mit der Bayerischen Verfassung vereinbar gehalten (Entscheidung vom 28. Juni 2013

- Vf. 10-VII-12 u. a. • Juris; ihm folgend: BayVGH, Beschluss vom 10. August 2013
- 10 CE 13.1416 • Juris; vgl. ferner OVG Saarl, Beschluss vom 3. Februar 2014
- 1 B 479/13 • ; NdsOVG, Beschluss vom 15. April 2014 • 7 ME 121/13 • ; HbgOVG, Beschluss vom 24. Juni 2014 • 4 Bs 279/13 • ; jeweils Juris). Demgegenüber hat der Staatsgerichtshof für das Land Baden-Württemberg § 29 Abs. 4 Sätze 2 und 3 GlüStV und die entsprechende landesrechtliche Regelung hinsichtlich des darin genannten Stichtags wegen unverhältnismäßiger Beschränkung des Vertrauensschutzes für mit der Landesverfassung unvereinbar erklärt (Urteil vom 17. Juni 2014
- 1 VB 15/13- Juris).

Die divergierenden Positionen zu dieser Frage werden mit jeweils nicht ohne weiteres von der

Hand zu weisenden Argumenten vertreten. Der Senat halt es nicht für tunlich, in einem auf lediglich vorläufigen Rechtsschutz gerichteten Verfahren eine abschließende rechtliche Klärung vorzunehmen, weil dies Sinn und Zweck dieser Verfahrensart zuwider liefe (vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 27. Mai 1998

- 2 BvR 378/98 • , Juris, Orientierungssatz und Rdn. 17). Hinzu kommt, dass auch noch eine gewissermaßen zwischen diesen Positionen liegende Auslegung der Übergangs- und Stichtagsregelung in Betracht kommt: Man könnte etwa die Ansicht vertreten, dass § 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV mit Blick auf seine ratio legis

- insbesondere Vermeidung von Mitnahmeeffekten *für die Übergangszeit* (vgl. dazu nur BayVerfGH, Entscheidung vom 28. Juni 2013, a. a. O., Rdn. 96) • nur dann zur Anwendung kommen soll, wenn im Einzelfall konkrete Anhaltspunkte für eine entsprechende Absicht des Spielhallenbetreibers vorliegen, was z. B. zu verneinen sein konnte, wenn der Spielhallenbetreiber nachweislich bereits vor dem Stichtag nicht unerhebliche wirtschaftliche Investitionen getätigt hat, etwa indem er bereits zuvor mit der baulichen Errichtung begonnen hat (vgl. zu dieser Frage und der Problematik, dass die gemäß § 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV maßgeblichen Erlaubnisse nach § 33i Gewerbeordnung regelmäßig erst nach Fertigstellung, also erst nach baulicher Errichtung, Umbau und Einrichtung, erteilt werden, auch StGH BW, Urteil vom 17. Juni 2014, a. a. O., Rdn. 457 ff.). Damit wäre möglicherweise • gleichsam im Wege verfassungskonformer Auslegung • zugleich ein Weg gefunden, den verfassungsrechtlichen Bedenken des Staatsgerichtshofs für das Land Baden-Württemberg abzuwehren. Denkbar wäre in ähnlichem Sinne auch ein Verständnis des § 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV dahin gehend, dass bei Erfüllung seiner tatbestandlichen Voraussetzungen eine gesetzliche Vermutung für die Absicht, im Übergangszeitraum noch Mitnahmeeffekte zu erzielen, besteht, die jedoch im Einzelfall (etwa durch Nachweis bereits zuvor getätigter wirtschaftlicher Investitionen) widerlegbar ist. Schließlich konnte man den Nachweis zuvor getätigter Investitionen evtl. auch als einen Umstand betrachten, der im Rahmen des vor Erlass einer Schließungsverfügung auszuübenden Ermessens zwingend zu Gunsten eines Spielhallenbetreibers zu berücksichtigen ist.

Die Klärung all dieser Fragen, die nach eingehender Prüfung im Ergebnis sowohl zum Verdikt der Verfassungswidrigkeit der Stichtagsregelung als auch zu deren restriktiver Auslegung als auch zu deren uneingeschränkter Anwendbarkeit führen könnte, muss dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. Vorläufiger Rechtsschutz ist demnach auf der Grundlage einer Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen zu gewähren bzw. zu versagen (vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 27. Mai 1998, a. a. O.). Diese Interessenabwägung fällt hier zu Gunsten der Antragstellerin aus.

Würde der Antragstellerin vorläufiger Rechtsschutz versagt und erwiese sich die angefochtene Schließungsverfügung später als rechtswidrig, erlitt die Antragstellerin durch die Vorenthaltung des „eigentlich“ rechtmäßigen Betriebs in der Zwischenzeit nicht unerhebliche wirtschaftliche Verluste. Würde dem Eilantrag der Antragstellerin entsprochen, erwiese sich

die Schließungsverfügung aber nach rechtskräftigem Abschluss des Hauptsachverfahrens als rechtmäßig, so würde hingenommen, dass die öffentlichen Ziele (insbes. Eindämmung und Bekämpfung der Spielsucht) in der Zwischenzeit nicht wirksam umgesetzt wurden. Bei der Abwägung dieser Folgen für die privaten Belange der Antragstellerin einerseits und für die Interessen der Allgemeinheit andererseits ist hier namentlich auch unter Berücksichtigung der in einer weiteren gesetzlichen Regelung zum Ausdruck kommenden Wertung den Interessen der Antragstellerin der Vorrang einzuräumen:

Die Offenheit des Ausgangs des Hauptsacheverfahrens folgt, wie oben dargelegt, gerade daraus, dass die Übergangs- und Stichtagsregelungen des § 10 Abs. 2 Nr. 2 ThürSpielhallenG und § 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV möglicherweise dem Vertrauensschutz nicht hinlänglich Rechnung tragen und daher verfassungswidrig sein könnten, namentlich deswegen, weil als Stichtag nicht der 28. Oktober 2011, sondern ein späterer Termin hätte gesetzt werden müssen (oder dass jedenfalls für den Vertrauensschutz nicht auf die Erteilung einer Erlaubnis nach § 33i GewO hätte abgehoben werden dürfen, die regelmäßig erst nach Abschluss der zu schützenden Investitionstätigkeit erfolgt; vgl. dazu im einzelnen StGH BW, Urteil vom 17. Juni 2014, a. a. O., Rdn.433 ff.).

Für die hier zu treffende Entscheidung kann mithin maßgeblich darauf abgehoben werden, was der Gesetzgeber selbst für den Fall eines weiter reichenden Vertrauensschutzes für solche Spielhallenbetreiber geregelt hat, die bereits zu einem früheren Zeitpunkt, also vor dem fraglichen Stichtag, die gewerberechtliche Erlaubnis erhalten haben. Für diesen Fall des weiter reichenden Vertrauensschutzes hat der Gesetzgeber in § 10 Abs. 2 Nr. 1 ThürSpielhallenG (vgl. § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV) zu erkennen gegeben, dass er für die darin befristete Übergangszeit die privaten, (vertrauens-)schutzbedürftigen Interessen für vorzugswürdig und vorübergehend ein Zurückstehen der Gemeinwohlinteressen für hinnehmbar halt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO; nach dieser Bestimmung hat der unterliegende Teil die Kosten zu tragen.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den §§ 63 Abs. 2, 53 Abs. 2, 52 Abs. 1, 47 GKG (i. V. m. dem Streitwertkatalog für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ2004, 1327 ff.; s. dort unter 11.54.2.1 i. V. m. II. 1.5). Der Senat bringt insoweit den im Streitwertkatalog vorgeschlagenen Mindestbetrag von 15.000 Euro in Ansatz und halbiert diesen im Hinblick auf die Vorläufigkeit der Entscheidung im verwaltungs- gerichtlichen Eilverfahren.

#### Hinweis:

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