

Beschluss Az. 19 L 1790/13*

VG Gelsenkirchen

31. Januar 2014

Leitsätze

1. Eine Ermessensreduzierung auf Null ist bei dem Betrieb einer Spielhalle ohne glücksspielrechtliche Erlaubnis im Sinne des §16 Abs. 2 Satz 1 AG GlüStV NRW i.V.m. §24 Abs. 1 GlüStV nur gegeben, wenn ein Nichteinschreiten aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht vertretbar wäre (hier verneint).

2. §29 Abs. 4 GlüStV ist die gesetzgeberische Wertung zu entnehmen, dass die in §1 Abs. 1 AG GlüStV NRW normierten Zielsetzungen des GlüStV wie der Jugendschutz oder die Bekämpfung der Spielsucht keine darartige Dringlichkeit besitzen, dass deswegen ein sofortiger Vollzug zwingend geboten wäre.

Tenor

- 1 Die aufschiebende Wirkung der Klage 19 K 5884/13 gegen die Ordnungsverfügung der Antragsgegnerin vom 4. Dezember 2013 wird wiederhergestellt bzw. angeordnet.
- 2 Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.
- 3 Der Streitwert wird auf 7.500 Euro festgesetzt.

Gründe

- 4 Der sinngemäße Antrag,
- 5 die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin gegen die Untersagungsverfügung der Antragsgegnerin vom 4. Dezember 2013 wiederherzustellen

*<http://openjur.de/u/676274.html> (= openJur 2014, 3933)

- bzw. anzuordnen,
- 6 ist zulässig und begründet.
- 7 Nach §80 Abs. 5 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO - kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in den Fällen des Absatzes 2 Satz 1 Nr. 4, in denen die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten von der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen oder über den Widerspruch zu entscheiden hat, besonders angeordnet wird, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise wiederherstellen. Die Antragsgegnerin hat die sofortige Vollziehung der Untersagung des Betriebs der Spielhalle der Antragstellerin auf dem Grundstück Am N. 11, T. (Ziffer 1) in Ziffer 2 der Ordnungsverfügung vom 4. Dezember 2013 besonders angeordnet. Ferner kann das Gericht der Hauptsache nach §80 Abs. 5 Satz 1, Abs. 2 Nr. 3 VwGO die aufschiebende Wirkung im Falle des §112 Satz 1 des Justizgesetzes Nordrhein-Westfalen - JustG NRW - ganz oder teilweise anordnen. Nach §112 Satz 1 JustG NRW haben Rechtsbehelfe, die sich gegen Maßnahmen einer Vollzugsbehörde in der Verwaltungsvollstreckung richten, keine aufschiebende Wirkung. Die Zwangsmittelandrohung in der Ziffer 3. der Ordnungsverfügung vom 4. Dezember 2013 ist eine Maßnahme einer Vollzugsbehörde in der Verwaltungsvollstreckung.
- 8 Die demnach vorzunehmende Interessenabwägung ("kann") fällt zu Lasten der Antragsgegnerin aus, weil die Ordnungsverfügung vom 4. Dezember 2013 voraussichtlich keinen Bestand haben wird, weil sie rechtswidrig ist. Darüber hinaus besteht auch unabhängig hiervon kein besonderes öffentliches Interesse am sofortigen Vollzug der Untersagungsverfügung.
- 9 Es kann vorliegend dahinstehen, ob als Rechtsgrundlage für die Untersagungsverfügung §14 Abs. 1 des Ordnungsbehördengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen - OBG NRW - oder §15 Abs. 2 Satz 1 der Gewerbeordnung - GewO - heranzuziehen ist. Nach §14 Abs. 1 OBG NRW können die Ordnungsbehörden die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren. Eine Gefahr ist zu bejahen, wenn eine Sachlage besteht, die bei ungehindertem Fortgang in absehbarer Zeit mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden an einem Schutzgut der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung führen wird. Ein Schutzgut der öffentlichen Sicherheit ist dabei u.a. die Unverletzlichkeit geschriebener Rechtsnormen. Vorliegend besteht die von der Antragsgegnerin angenommene Gefahr darin, dass die Antragstellerin ihre Spielhalle ohne glücksspielrechtliche Erlaubnis betreibt und damit gegen die Vorgabe des §16 Abs. 2 Satz 1 des Ausführungsgesetzes zum Glücksspielstaatsvertrag NRW - AG GlüStV NRW - in Verbindung mit §24 Abs. 1 des Glücksspielstaatsvertrages - GlüStV - verstößt. Nach §15 Abs. 2 Satz 1 GewO kann, wenn ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Erlaubnis, Genehmigung, Konzession oder Bewilligung (Zulassung) erforderlich ist, ohne diese Zulassung betrieben wird,

die Fortsetzung des Betriebes von der zuständigen Behörde verhindert werden. Geht man davon aus, dass die glücksspielrechtliche Erlaubnis nach §16 Abs. 2 Satz 1 AG GlüStV NRW i.V.m. §24 Abs. 1 GlüStV eine Erlaubnis im Sinne dieser Vorschrift darstellt, liegen die Tatbestandsvoraussetzungen dieser Norm hinsichtlich der Spielhalle der Antragstellerin vor.

- 10 Sowohl §14 Abs. 1 OBG NRW als auch §15 Abs. 2 Satz 1 GewO eröffnen für die Antragsgegnerin ein Entschließungsermessen. Allerdings hat die Antragsgegnerin entgegen der von ihr verwandten Formulierung “nach pflichtgemäßen Ermessen“ kein Ermessen ausgeübt, da sie eine Ermessensreduzierung auf Null angenommen hat. Eine Ermessensreduzierung auf Null ist jedoch nur gegeben, wenn ein Nichteinschreiten aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalles nicht vertretbar wäre. Derartige Umstände sind hier nicht ersichtlich. Für den Falle eines Nichteinschreitens durch die Antragsgegnerin steht keine Gefährdung überragend wichtiger Rechtsgüter der Allgemeinheit oder Einzelner unmittelbar zu befürchten. Ein Absehen von einem Einschreiten ist auch nicht deswegen unvertretbar, weil ansonsten ein nicht einmal vorübergehend hinnehmbarer Schaden mit Sicherheit eintreten würde. Es ist unklar, ob die Antragstellerin derzeit bereits einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach §16 Abs. 2 Satz 1 AG GlüStV NRW i. V. m §24 Abs. 1 GlüStV bedarf, weil die für sie in §29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV normierte einjährige Übergangsfrist abgelaufen ist. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit der Übergangsregelungen in §29 Abs. 4 GlüStV wird in der Rechtsprechung derzeit kontrovers diskutiert.
- 11 Vgl. dazu einerseits Bay. VGH, Beschluss vom 28. August 2013 - 10 CE 13.1416 -; VG Saarlouis, Beschluss vom 19. November 2013 - 1 L 833/13 -; und andererseits VG Freiburg, Beschluss vom 10. Oktober 2013 - 5 K 1260/13 -; VG Osnabrück, Beschluss vom 24. September 2013 - 1 B 36/ 13 -, jeweils juris.
- 12 Die sich dabei stellenden Rechtsfragen, insbesondere die Problematik der Zulässigkeit einer (unechten) Rückwirkung der Übergangsregelungen sind schwierig und von hoher Komplexität. Sie müssen daher einer abschließenden Klärung in einem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben.
- 13 Darüber hinaus besteht aber auch kein überwiegendes öffentliches Interesse an dem sofortigen Vollzug der Untersagungsverfügung. §29 Abs. 4 GlüStV ist die gesetzgeberische Wertung zu entnehmen, dass die in §1 Abs. 1 AG GlüStV NRW normierten Zielsetzungen des GlüStV wie der Jugendschutz oder die Bekämpfung der Spielsucht keine derartige Dringlichkeit besitzen, dass deswegen ein sofortiger Vollzug zwingend geboten wäre. Denn danach ist die Einschränkung der genannten Belange durch den Betrieb einer Spielhalle ohne Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis unter Umständen in Abwägung mit Vertrauensschutzgesichtspunkten sogar für einen Zeitraum von fünf Jahren hinnehmbar.
- 14 Hinsichtlich der Zwangsmittellandrohung ist die aufschiebende Wirkung der Klage

anzuordnen, weil diese Androhung rechtswidrig ist. Nach §55 Abs. 1 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen - VwVG NRW - kann ein Verwaltungsakt, der auf die Vornahme einer Handlung oder auf Duldung oder Unterlassung gerichtet ist, mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, wenn er unanfechtbar ist oder ein Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung hat. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor, weil die Klage gegen die Untersagungsverfügung aufgrund dieses Beschlusses aufschiebende Wirkung entfaltet. Überdies liegen aber auch die gesetzlichen Voraussetzungen für die Androhung und Anwendung des unmittelbaren Zwanges hier nicht vor. Nach §62 Abs. 1 Satz 1 VwVG NRW kann die Vollzugsbehörde unmittelbaren Zwang anwenden, wenn andere Zwangsmittel nicht in Betracht kommen oder keinen Erfolg versprechen oder unzweckmäßig sind. Es ist von der Antragsgegnerin nicht dargetan und auch sonst nicht ersichtlich, weshalb ein Zwangsgeld in diesem Sinne hier unzulässig wäre.

- 15 Die Kostenentscheidung folgt aus §154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf §53 Abs. 2 Nr. 2, §52 Abs. 1 des Gerichtskostengesetzes und orientiert sich an den Ziffern 54.2.1 und 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.