

OVG Nordrhein-Westfalen – Beschluss vom 10.02.2020 – 4 B 673/18

VwGO §§ 80 Abs. 5, 123, GewO § 15 Abs. 2 (Spielhalle; bestandskräftige Schließungsverfügung; Duldung; einstweilige Anordnung)

1. Ist gegen einen Verwaltungsakt kein Rechtsmittel (mehr) möglich oder anhängig, dessen aufschiebende Wirkung wiederhergestellt oder angeordnet werden könnte, ist der Verwaltungsakt also bestandskräftig, so besteht schon deswegen für den Eilrechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO kein Raum mehr.

2. In Fällen, in denen die zuständige Behörde für eine Spielhalle eine unanfechtbare Schließungsverfügung nach § 15 Abs. 2 GewO erlassen hat, kommt eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO, mit der die Behörde zur Duldung der Spielhalle verpflichtet wird, nicht mehr in Betracht.

OVG NRW, Beschl. v. 10.02.2020 - 4 B 673/18

I. VG Düsseldorf, Beschl. v. 08.05.2018 - 3 L 1236/18

Sachverhalt:

Die Antragstellerin beantragte die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen die von der Antragsgegnerin verfügte Schließung ihrer Spielhallen und die Erteilung einer vorläufigen Erlaubnis zu ihrem Weiterbetrieb. Gegen die Schließungsverfügungen hat sie keine Klage erhoben. Der Antrag blieb in beiden Instanzen ohne Erfolg.

Aus den Gründen:

Die begehrte Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung einer Klage kann bereits deshalb nicht mehr zugesprochen werden, weil keine Klage gegen die Schließungsverfügungen der Antragsgegnerin anhängig ist und diese bestandskräftig geworden sind. Ist gegen einen Verwaltungsakt kein Rechtsmittel (mehr) möglich oder anhängig, dessen aufschiebende Wirkung wiederhergestellt oder angeordnet werden könnte, ist der Verwaltungsakt also bestandskräftig, so besteht schon deswegen für den Eilrechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO kein Raum mehr (vgl. OVG NRW, Beschl. v. 13.06.2017 - 4 B 492/17 - juris, Rn. 4 f., und v. 24.05.2011 - 14 B 391/11 - NVwZ-RR 2011, 753 = juris, Rn. 4 f.; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 80 Rn. 129).

Die mit ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrungen versehenen Schließungsverfügungen sind der Antragstellerin laut Empfangsbekanntnis jeweils am 23.04.2018 zugestellt worden. Die einmonatige Klagefrist nach § 74 Abs. 1 Satz 2 VwGO lief mithin am 23.05.2018 ab. Die Antragstellerin hat jedoch innerhalb dieser Frist keine Klage gegen die Schließungsverfügungen bei dem Verwaltungsgericht Düsseldorf erhoben. Ihr Verweis auf eine Klageerhebung am 18.05.2018 gebietet keine andere Einschätzung, weil das vorgelegte Schriftstück vom 18.05.2018 ausweislich des aufgedruckten Fax-Sendeberichts nicht an das Verwaltungsgericht Düsseldorf, sondern einen Anschluss in Remscheid gesandt worden ist. Abgesehen davon, ist aus dem Fax-Sendebericht ersichtlich, dass eine Übertragung des Schriftstückes an den Empfänger fehlgeschlagen ist. Anderweitige Nachweise für eine rechtzeitige Klageerhebung gegen die Schließungsverfügungen sind weder vorgetragen, noch ersichtlich.

Die Antragsgegnerin ist auch nicht im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, vorläufige glücksspielrechtliche Erlaubnisse zum Betrieb der Spielhallen zu erteilen.

Ein Bedürfnis für eine derartige vorläufige Erlaubnis besteht bereits deshalb nicht, weil dem Rechtsschutzziel der Antragstellerin schon dadurch genügt werden kann, dass die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet wird, den Betrieb der Spielhallen vorläufig zu dulden (vgl. OVG NRW, Beschl. v. 26.09.2019 - 4 B 255/18 - ZfWG 2019, 516 = juris, Rn. 7 f., m.w.N.; HessVGH, Beschl. v. 27.09.2018 - 8 B 432/18 - ZfWG 2018, 572 = juris, Rn. 19 f.). Einer derartigen Verpflichtung zur Duldung der Spielhallenbetriebe steht allerdings entgegen, dass die Antragsgegnerin bestandskräftig die Schließung der Spielhallen angeordnet hat.

Für die Frage, ob die Antragsgegnerin im Wege einer einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO zur Duldung einer Spielhalle zu verpflichten ist, bleibt in Fällen, in denen wie hier eine unanfechtbare Schließungsverfügung nach § 15 Abs. 2 GewO vorliegt, kein Raum mehr. Eine Schließungsanordnung nach § 15 Abs. 2 GewO ist grundsätzlich gerechtfertigt, solange das Erlaubnisverfahren nicht abgeschlossen und nicht geklärt ist, ob die Erlaubnisvoraussetzungen vorliegen. Erst die Erteilung der erforderlichen Erlaubnis, nicht schon ein hierauf gerichteter Antrag oder eine entsprechende Klage, schließen ein Einschreiten nach dieser Vorschrift aus. 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 (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25.02.2015 - 8 B 36.14 - ZfWG 2015, 227 = juris, Rn. 13, m.w.N.; OVG NRW, Beschl. v. 10.01.2019 - 4 B 1333/18 - ZfWG 2019, 181 = juris, Rn. 3, 24, v. 18.07.2018 - 4 B 179/18 - NWVBI. 2018, 529 = juris, Rn. 18 f., 23 f., 32 ff., und v. 10.02.2020 - 4 B 1253/18 - [im Falle einer sofort vollziehbaren noch nicht bestandskräftigen Schließungsverfügung]).

Wird von dieser Ermächtigung bestandskräftig Gebrauch gemacht, ist dem Antragsteller deshalb zuzumuten, den regulären Abschluss des Erlaubnisverfahrens abzuwarten. Ein Bedürfnis für vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 Abs. 1 VwGO besteht wegen der nach § 123 Abs. 5 VwGO vorrangigen Möglichkeit, Rechtsschutz nach § 80 Abs. 5 VwGO gegen die die Prüfung der Erlaubnisvoraussetzungen sichernde Schließungsverfügung zu erlangen, allenfalls dann, wenn der vorrangige Weg ebenfalls erfolgreich beschritten wird. Das ist hier nicht geschehen.