

VGH Mannheim, Beschluss v. 7.10.2021-6 S 2763/21

Anforderungen an die nahtlose Fortschreibung einer Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle

I. VG Karlsruhe, Beschluss v. 23.8.2021 - 12 K 2380/21

GISpielG BW § 41 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 2, § 42 Abs. 3, § 51 Abs. 5 S. 5; VwGO § 123 Abs. 1s.2

Gewährt die Behörde keine aktive Duldung hinsichtlich des Weiterbetriebs einer Spielhalle über die Geltungsdauer einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis hinaus, obliegt es dem Ast, eine dahingehende (vorläufige) Verpflichtung der Behörde vor Ablauf der Gültigkeit im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes anzustreben, da nur hierüber - im Falle eines Obsiegens - eine "nahtlose Fortschreibung" der innegehabten Erlaubnis denklogisch möglich bleibt.

Zum Sachverhalt: Die Ast'in begehrt die Verpflichtung der Ag'in im Wege der einstweiligen Anordnung zur Duldung des Weiterbetriebs ihrer Spielhalle bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Erteilung einer spielhallenrechtlichen Erlaubnis im Auswahlverfahren sowie der rechtskräftigen Entscheidung über die Erteilung einer Befreiung im Härtefallverfahren nach § 51 Abs. 5 LGlüG. Das VG hat den Antrag abgelehnt, weil die Spielhalle sei nicht erlaubnisfähig sei, da sie den nach § 42 Abs. 3 LGlüG erforderlichen Mindestabstand von 500 Metern Luftlinie zu einer bestehenden Einrichtung zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen nicht wahre. Auf § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG könne sich die Ast'in nicht mit Erfolg berufen, weil der Weiterbetrieb ihrer Spielhalle, von dem mangels entgegenstehender Anhaltspunkte auszugehen sei, jedenfalls am 1.7.2021 nicht mehr von einer Erlaubnis gedeckt gewesen und behördlicherseits auch nicht geduldet worden sei. Den Antrag auf Duldung des Fortbetriebs ihrer Spielhalle im Wege des Erlasses einer einstweiligen Anordnung habe sie erst am 2.7.2021 gestellt. Selbst wenn keine zeitliche Zäsur vorläge, fehle es an der für eine Anwendung des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG erforderlichen unbilligen Härte.

Aus den Gründen:

3 I. Die hiergegen gerichtete Beschwerde bleibt ohne Erfolg.

4. Das VG hat zutreffend erkannt, dass die Voraussetzungen für den Erlass einer Regelungsanordnung (§ 123 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 ZPO) nicht vorliegen.

5. Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Dazu ist nach § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft zu machen, dass ein Anordnungsgrund besteht, d. h. eine vorläufige gerichtliche Entscheidung erforderlich ist, und ein Anordnungsanspruch gegeben ist, also die tatsächlichen Voraussetzungen für den geltend gemachten Anspruch erfüllt sind. Grundsätzlich ausgeschlossen - da mit dem Wesen einer einstweiligen Anordnung nicht vereinbar - ist es, eine Regelung zu treffen, die faktisch auf eine Vorwegnahme der Hauptsache hinausläuft (vgl. BVerfG, Beschluss vom 31.3.2003 2 BvR 1779/02 -, NVwZ 2003, 1112 <juris Rn. 4>; s. auch BVerfG, Beschluss vom 2.6.2021- 2 BUR 899/20 -, juris Rn. 29). Ausnahmen von diesem Verbot kommen nur in Betracht, wenn dies zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes geboten ist, d. h. wenn andernfalls schwere und unzumutbare, anders nicht abwendbare Nachteile entstünden, zu deren nachträglicher Beseitigung die Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr in der Lage wäre, und zugleich ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass der mit der Hauptsache verfolgte Anspruch begründet ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 18.4.2013- 10C 9.12 -, BVerwGE 146, 189 <juris Rn. 22>; VGH Mannheim, Beschluss vom 17.8.2020 - 12 S 1671/20 -, ESVGH 71, 29 <juris Rn. 10>; Beschluss vom 27.7.2020 - 6 S 1786/20 -, juris Rn. 4).

6. Dies zugrunde gelegt hat die Ast'in auch unter Berücksichtigung ihres Beschwerdevortrags keinen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO erforderlichen, auf die Duldung des Weiterbetriebs ihrer Spielhalle gerichteten Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

7. Der von der Ast'in begehrten Erteilung einer Erlaubnis (im Wege eines Auswahlverfahrens) zum Betrieb vorgenannter Spielhalle nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGlüG steht im hier maßgeblichen entscheidungsrelevanten Zeitpunkt jedenfalls der Versagungsgrund des § 41 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit § 42 Abs. 3 LGlüG (zu dessen Verfassungsmäßigkeit vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 3.5.2017 -6 S 306/16 -, ZfWG 2017, 416 <juris Rn. 27ff.>; vgl. im Übrigen auch BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 -1 BvR 1314/12-, BVerfGE 145, 20 <juris Rn. 118ff.>; = GewArch 2017, 339; BVerwG, Urteil vom 16.12.2016 -8 C 4.16-, ZfWG 2017, 148 <juris Rn. 17 ff.>) entgegen.

8. Nach § 41 Abs. 2 Nr. 2 LGlüG ist die Erlaubnis zu versagen, wenn die Voraussetzungen nach § 42 LGlüG nicht erfüllt sind. Dabei sieht § 42 Abs. 3 LGlüG vor, dass zu einer bestehenden Einrichtung zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen ein Mindestabstand von 500 m

Luftlinie, gemessen von Eingangstür zu Eingangstür, einzuhalten ist. Dieser Vorgabe wird die Spielhalle der Ast'in nicht gerecht. Sie befindet sich nach den insoweit unbestrittenen Feststellungen der Ag'in - unter anderem - in einer Entfernung von etwa 456 Metern Luftlinie von einer Einrichtung im Sinne des § 42 Abs. 3 LGlüG, da sie zumindest auch dem Aufenthalt von Jugendlichen dient (vgl. LT-Ors. 15/2431, S. 105 f.; s. auch VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2021 - 6 S 2716/21 -, juris Rn. 14).

9. § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG steht einer Anwendung des § 42 Abs. 3 LGlüG auf die Spielhalle der Ast'in nicht entgegen. Nach § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG gilt § 42 Abs. 3 LGlüG nur für Spielhallen, für die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Landesglücksspielgesetzes am 29.11.2012 eine Erlaubnis nach § 33 i GewO noch nicht erteilt worden ist. Die Norm berücksichtigt, dass zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Landesglücksspielgesetzes bereits erteilte Erlaubnisse für Spielhallen die Abstandsregelung gegenüber Einrichtungen zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen im Sinne von § 42 Abs. 3 LGlüG nicht berücksichtigen konnten. Aus diesem Grund wird die Regelung für solche Erlaubnisse nicht nachträglich angewandt (vgl. LT-Ors. 15/2431 S. 113; s. auch VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2021 - 6 S 2716/21 -, juris Rn. 18; Beschluss vom 26.11.2019 - 6 S 199/19 -, VBIBW 2020, 508 &It;juris Rn. 11>).

10. Die Voraussetzungen des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG werden von der Spielhalle der Ast'in nach der im gerichtlichen Eilverfahren vorzunehmenden summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage indes nicht erfüllt. Zwar war die Ast'in seit dem 5.8.2008 und damit vor Inkrafttreten des Landesglücksspielgesetzes Inhaberin einer Erlaubnis nach § 33i GewO für den Betrieb der Spielhalle. Die Regelung des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG dürfte ihr gleichwohl nicht (mehr) zugutekommen.

11. Denn der Betrieb der Spielhalle der Ast'in ist seit dem 1.7.2017 nicht mehr von einer Erlaubnis gedeckt. Dementsprechend hat die Ast'in die Spielhalle nach eigenen Angaben "seit dem 30.6.2021" geschlossen und diese erst wieder auf der Grundlage des (Hänge) Beschlusses des VG vom 16.7.2021 geöffnet. Mit diesem hat das VG der Ag'in im Wege der Zwischenentscheidung aufgegeben, den Betrieb der Spielhalle bis zu einer Entscheidung über den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zu dulden. Nachdem das VG mit dem hier angegriffenen Beschluss vom 23.8.2021 den Antrag der Ast'in abgelehnt hat, hat diese nach dessen Zustellung am 25.8.2021 die Spielhalle noch am selben Tag (12:00 Uhr) erneut umgehend geschlossen. Damit hat sich die Ast'in gesetzeskonform verhalten.

12. Ein gesetzlich missbilligter Weiterbetrieb liegt damit gerade nicht vor. Gleichwohl ist eine "nahtlose Fortschreibung" der Erlaubnis nicht mehr möglich. Denn der von § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG vermittelte Bestands- und Vertrauensschutz entfällt mit "Eintritt" erlaubnisfreier Zeiten (vgl. VGH Mannheim, Beschluss vom 26.11.2019 - 6 S 199/19 -, VBIBW 2020, 508 &It;juris Rn. 16>; Beschluss vom 9.9.2021 - 6 S 2716/21 -, juris Rn. 24). Dies war mit Ablauf der bis

zum 30.6.2021 gültigen Erlaubnis vom 11.8.2017 der Fall. Denn die Ag'in hat den Antrag auf Erteilung einer ab dem 1.7.2021 geltenden glücksspielrechtlichen Erlaubnis mit Bescheid vom 1.7.2021 abgelehnt.

13. Der Betrieb der Spielhalle ist von der Ag'in auch nicht über den 30.6.2021 hinaus aktiv geduldet worden.

14. Insoweit hat die Ast'in vorgetragen, vor dem 1.7.2021 die Ag'in wiederholt (erfolglos) um Erteilung einer Duldung ersucht zu haben. Zudem will sie am 1.7.2021 mehrfach den Versuch unternommen haben, mit der Sachgebietsleitung der Ag'in telefonisch in Kontakt zu treten. Der Bescheid vom 1.7.2021 beinhaltet ebenfalls keine aktive Duldung zugunsten der Ast'in. Vielmehr weist die Ag'in darin unmissverständlich darauf hin, dass unter anderem die hier streitgegenständliche Spielhalle "nach Ablauf des genehmigten Härtefalls zu schließen" ist.

15. Anhaltspunkte für eine aktive Duldung seitens der Ag'in bestehen gemessen an den Erkenntnismöglichkeiten des gerichtlichen Eilverfahrens auch in Ansehung des (nicht unterzeichneten) allgemeinen Hinweises, den die Ag'in im "Anschluss" an den Bescheid vom 1.7.2021 erteilt hat, nicht. Darin heißt es zwar, es werde beabsichtigt, der Spielhalle eine Abwicklungsfrist bis zum 16.7.2021 zu gewähren. Allerdings stellt die Ag'in auch insoweit (nochmals) klar, dass für den Weiterbetrieb der Spielhalle ab dem 1.7.2021 "in jedem Fall eine Erlaubnis nach § 41 LGLüG vorliegen muss" und man sich die Einleitung eines entsprechenden Ordnungswidrigkeitenverfahrens sowie einer Gewerbeuntersagung nach § 15 GewO vorbehalte, sofern die Spielhalle weiterbetrieben werde. Vor diesem Hintergrund genügt das Zugeständnis einer Abwicklungsfrist offensichtlich nicht den Anforderungen an eine in sich widerspruchsfreie, hinreichend bestimmte aktive Duldung.

16. Die gegenteilige Auffassung der Ast'in teilt der Senat nicht. Ihr ist zwar zuzugeben, dass nach der Rspr. bei bestehenden Auslegungszweifeln bei belastenden Verwaltungsakten das den Betroffenen weniger belastende und bei begünstigenden Verwaltungsakten das den Betroffenen mehr begünstigende Auslegungsergebnis vorzuziehen sein dürfte (vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 15.10.2009- 2 S 1457/09 -, VBIBW 2010, 119 <juris Rn. 32>; allgemeiner VGH Mannheim, Beschluss vom 27.7.2018- 2 S 1228/18-, juris Rn. 6; BVerwG, Urteil vom 23.5.2012- 6 C 8.11 -, NJW 2012, 2901 <juris Rn. 18>). Solche Auslegungszweifel bestehen im Hinblick auf den dem Bescheid vom 1.7.2021 beigefügten Hinweis - unabhängig von dessen Rechtsnatur- aus den vorstehenden Gründen hingegen nicht. Letztlich hat auch die Ast'in den Hinweis offensichtlich nicht als aktive Duldung aufgefasst, denn sie hat ihre Spielhalle erst mit Beschluss des VG vom 16.7.2021 vorübergehend weiterbetrieben.

17. Gewährt aber die zuständige Behörde für einen in ihrem Ermessen stehenden Zeitraum von sich aus keine aktive Duldung hinsichtlich des Weiterbetriebs einer Spielhalle über die Gel-

tungsdauer einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG (in Verbindung mit § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG) hinaus, obliegt es dem Ast, eine dahingehende (vorläufige) Verpflichtung der Behörde vor Ablauf der Gültigkeit einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis (bzw. vor Ablauf einer bereits zuvor erteilten zeitlich beschränkten aktiven Duldung) im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes anzustreben, da nur hierüber - im Falle eines Obsiegens - eine "nahtlose Fortschreibung" der innegehabten Erlaubnis denklogisch möglich bleibt. Eine Duldung vermag eine glücksspielrechtliche Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGLüG in ihrer rechtlichen Qualität zwar nicht zu ersetzen, ein gesetzlich missbilligter Weiterbetrieb einer Spielhalle nach Ablauf der Gültigkeitsdauer der Erlaubnis ist auf einer solchen Grundlage indes nicht zu erkennen (vgl. VGH Mannheim, Beschluss vom 21.7.2020- 6 S 1665/20 ZfWG 2020, 451 & juris Rn. 11 & = GewArch 2020, 371).

18. Den entsprechenden Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes dürfte die Ast'in - anders als vom VG angenommen - zwar bereits am 1.7.2021, gleichwohl aber nach Ablauf ihrer bis zum 30.6.2021 befristeten (Härtefall-)Erlaubnis vom 11.8.2017 gestellt haben. Ist aber - wie hier - die Legalisierung des Spielhallenbetriebs mittels einer Erlaubnis unterbrochen und liegt damit keine "nahtlose Fortschreibung" der Erlaubnis nach § 33 i GewO vor, bedarf es für den Wiederbetrieb der zwischenzeitlich eingestellten Spielhalle einer neuen Erlaubnis, in deren Rahmen § 42 Abs. 3 LGLüG ungeschmälert zur Anwendung kommt (vgl. VGH Mannheim, Beschluss vom 26.11.2019-6 S 199/19-, VBIBW 2020, 508 & juris Rn. 16 & ; Beschluss vom 9.9.2021 6 S 2716/21-, juris Rn. 24).

19. Aus dem von der Ast'in in Bezug genommenen Urteil des Staatsgerichtshofs BadenWürttemberg ([jetzt VerfGH] Urteil vom 17.6.2014- 15/13, 1 VB 15/13 -, juris Rn. 387) ergibt sich nichts Gegenteiliges. Soweit darin ausgeführt wird, "dass im Falle einer Auswahlentscheidung die unterlegenen Spielhallenbetreiber ihre betroffenen Spielhallen abweichend von § 51 Abs. 4 Satz 1 LGLüG noch für einen angemessenen Zeitraum nach Zustellung der ablehnenden Entscheidung weiter betreiben dürfen", wird hiermit, wie aus dem weiteren Kontext der Entscheidung ohne weiteres erkennbar ist, ersichtlich keine Aussage für die hier streitgegenständliche Konstellation getroffen.

20. Daraus folgt, dass die Spielhalle der Ast'in schon allein wegen der Verletzung des Abstandsgebots nach § 42 Abs. 3 LGLüG offensichtlich nicht (mehr) erlaubnisfähig sein dürfte.

21. Da es infolgedessen bereits unter diesem Aspekt an der Glaubhaftmachung eines Anordnungsanspruchs fehlt, bedarf keiner Entscheidung, ob das von der Ag'in am 1.7.2021 zum Abschluss gebrachte Auswahlverfahren in rechtlich nicht zu beanstandender Weise durchgeführt worden ist.

22. Die nicht zuletzt im Bescheid der Ag'in vom 1.7.2021 aufgeworfene Frage, ob sich die Ast'in mit Erfolg auf das Vorliegen einer unbilligen Härte berufen kann, die zur Erteilung einer sog. Härtefallerlaubnis nach Maßgabe des § 41 Abs. 1 Satz 1 in Verbindung mit § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG führen könnte, stellt sich nicht. Abgesehen davon, dass § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG neben § 51 Abs. 5 Satz 1 LGLüG eigenständige Bedeutung zukommt (vgl. VGH Mannheim, Beschluss vom 9.9.2021-6 S 2716/21 -, juris Rn. 13 ff.), müssen die eine unbillige Härte begründenden Umstände nach § 51 Abs. 5 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 LGLüG bis spätestens 18.11.2011 vorgelegen und im Rahmen eines bis zum 29.2.2016 gestellten Antrags (vgl. § 51 Abs. 5 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 4 Satz 1, 3 Alt. 1 LGLüG) dargelegt worden sein (vgl. VGH Mannheim, Beschluss vom 27.11.2019- 6 S 2384/19 -, VBIBW 2020, 250 <juris Rn. 7f.>). Über einen entsprechenden Antrag der Ast'in hat die Ag'in bereits mit (nach erfolgloser Durchführung eines Vorverfahrens inzwischen bestandskräftigem) Bescheid vom 11.8.2017 abschließend entschieden und ihr eine (Härtefall-)Erlaubnis bis zum 30.6.2021 erteilt. [...]

24. Mit der Entscheidung des Senats wird der ebenfalls von der Ast'in begehrte Erlass einer "Zwischenverfügung" in Form eines Hängebeschlusses entbehrlich.