

**Aktive Duldung des Betriebs einer Spielhalle hat straf- und ordnungswidrigkeitenrechtliche Relevanz**

(VG Freiburg (Breisgau), Beschl. v. 1.7.2021 -- 1 K 2000/21)

Art. 19 Abs. 4 GG; § 284 Abs. 1 StGB; S 48 Abs. 1 Nr. 1 LGlüG BW

Einer nach verwaltungsrechtlichen Maßstäben rechtmäßigen aktiven Duldung des Weiterbetriebs einer Spielhalle, die der Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Erlaubnisverfahrens sowie der Gewährung effektiven Rechtsschutzes dient, ist aufgrund der Verwaltungsakzessorietät des § 284 Abs. 1 StGB und § 48 Abs. 1 Nr. 1 LGlüG BW eine das Straf- und Ordnungswidrigkeitenunrecht ausschließende Wirkung beizumessen. Einem auf verwaltungsgerichtliche Verpflichtung der zuständigen Behörde zur Duldung des vorübergehenden Weiterbetriebs einer Spielhalle gerichteten Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes kann daher das Rechtsschutzbedürfnis nicht wegen Nutzlosigkeit abgesprochen werden.

(Amtl. Ls.)

**Aus den Gründen:**

Die Beschwerde hat keinen Erfolg. Sie ist zwar zulässig, aber nicht begründet.

1. Die Beschwerde ist zulässig.

a) Insbesondere ist sie gemäß § 146 Abs. 1 VwGO statthaft. Nach dieser Vorschrift steht gegen Entscheidungen des Verwaltungsgerichts, des Vorsitzenden oder des Berichterstatters, die nicht Urteile oder Gerichtsbescheide sind, den Beteiligten und den sonst von der Entscheidung Betroffenen die Beschwerde an das Oberverwaltungsgericht bzw. den Verwaltungsgerichtshof (vgl. § 184 VwGO i. V. m. § 1 Abs. 1 Satz 1 AGVwGO) zu, soweit nicht in der Verwaltungsgerichtsordnung etwas anderes bestimmt ist. Diese Voraussetzungen der Statthaftigkeit liegen hier vor.

Bei dem angegriffenen Beschluss des Verwaltungsgerichts handelt es sich um eine Entscheidung über den beantragten Erlass einer Zwischenentscheidung bzw. eines sogenannten Hängebeschlusses. Eine solche Interimsregelung kann während der Anhängigkeit eines Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes ergehen, wenn eine vorübergehende Regelung für den Zeitraum

bis zur Entscheidung des Gerichts über den Eilantrag zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG erforderlich erscheint (VGH BadenWürttemberg, Beschluss vom 18.12.2015- 3S2424/15 -, AUR 2016, 155 <juris Rn. 8>). Derartige durch Beschluss ergehende Zwischenentscheidungen sind gemäß § 146 Abs. 1 VwGO mit der Beschwerde anfechtbar. Insbesondere handelt es sich nicht um prozessleitende Verfügungen im Sinne des § 146 Abs. 2 VwGO. Mit einer solchen Zwischenentscheidung trifft das Verwaltungsgericht eine zeitlich befristete, aber gleichwohl sachliche, materiell-rechtliche Regelung, die sich nicht darauf beschränkt, den äußeren, förmlichen Fortgang des Verfahrens zu gestalten. Ein solcher zur Sicherung der Effektivität des Rechtsschutzes ergehender Beschluss geht durch die Gestaltung der materiellen Rechtslage über Anordnungen zur Prozessleitung hinaus.

Da auch andere Ausschlussgründe nicht ersichtlich sind, fallen diese Zwischenentscheidungen unter den in § 146 Abs. 1 VwGO vorgesehenen Regelfall der Anfechtbarkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung mit der Beschwerde. Dem steht weder entgegen, dass einer Zwischenentscheidung keine verfahrensabschließende Wirkung zukommt, noch dass das Rechtsinstitut nicht ausdrücklich in der Verwaltungsgerichtsordnung geregelt ist, sondern unmittelbar aus Art. 19 Abs. 4 GG abgeleitet wird. Auch Erwägungen der Prozessökonomie rechtfertigen es nicht, von der grundsätzlich vorgesehenen Anfechtbarkeit verwaltungsgerichtlicher Entscheidungen eine gesetzlich nicht vorgesehene Ausnahme zu machen (vgl. im Ergebnis ebenso VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 14.10.2019 S2643/19 -, juris Rn. 4; Beschluss vom 15.2.2019 S 188/19 -, ESVGH 69, 158 <juris Rn. 2 ff.>; Beschluss vom 26.9.2017- 2 S 1916/17 -, NVwZRR 2017, 951 <juris Rn. 3 f.>; Beschluss vom 18.12.2015, a.a.O. Rn. 8f.; BayVGH, Beschluss vom 31.5.2019 -8 CS 19.1073 -, NVwZRR 2019, 981 <juris Rn. 4>; HessVGH, Beschluss vom 28.4.2017- 1B947/17 -, NVwZ 2017, 1144 <juris Rn. 5>; OVG Meckl.- Vorp., Beschluss vom 4.4.2017- 3M 195/17-, NVwZ-RR 2017, 904 <juris Rn. 7>; OVG Rheinl.-Pf., Beschluss vom 10.12.2012 - 1B 11231/12 -, NVwZ-RR 2013, 295 <juris Rn. 2>; Guckelberger, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, S 146 Rn. 25; Happ, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, S 146 Rn. 10; Stuhlfauth, in: Bader/FunkeKaiser/Stuhlfauth/ von Albedyll, VwGO, 7. Aufl. 2018, S 146 Rn. 19; a.A.: VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 8.5.2018- 10S 396/18 -, VBIBW 2018, 404 <juris Rn. 2>; Beschluss vom 15.3.2018- 11S 2094/17 -, VBIBW 2018, 403 <juris Rn. 5 ff.>; NdsOVG, Beschluss vom 7.7.2017 13 ME 170/17 -, AuAS 2017, 182 <juris Rn. 2>; BayVGH, Beschluss vom 18.5.2017- 2 CS 17.823 -, juris Rn. 1; OVG NRW, Beschluss vom 27.2.2014-6B 182/14-, IÖD 2014, 97 <juris Rn 2>; Rudisile, in: Schoch/Schneider, VwGO, Stand: Februar 2021, § 146 Rn. 11 a). Nichts anderes kann gelten, wenn - wie hier - der ausdrücklich beantragte Erlass einer Zwischenentscheidung durch das Verwaltungsgericht durch Beschluss abgelehnt wird (so im Ergebnis auch VGH BadenWürttemberg, Beschluss vom 18.12.2015, a. a. O. Rn. 8f.).

b) Der Antragstellerin fehlt auch nicht das für die Beschwerde erforderliche Rechtsschutzbedürfnis. Am Rechtsschutzbedürfnis mangelt es nur, wenn das prozessuale Vorgehen einem Antragsteller offensichtlich keinerlei rechtliche oder tatsächliche Vorteile bringen kann (vgl. BVerwG, Urteil vom 6.3.2014- 1C5.13 -, juris Rn. 8; Urteil vom 29.4.2004- 3C25.03 -, BVerwGE 121, 1 <juris Rn. 19>; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 11.5.2021 S 1048/21 -, juris Rn. 21). Dies ist hier nicht der Fall.

Insbesondere geht der Senat nicht davon aus, dass sich die Antragstellerin bzw. deren gesetzliche Vertreter und Mitarbeiter auch bei Vorliegen einer auf einer gerichtlichen Entscheidung beruhenden aktiven Duldung des Betriebs der Spielhalle der Verfolgung wegen einer Straftat nach § 284 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB oder einer Ordnungswidrigkeit nach § 48 Abs. 1 Nr. 1 LGlÜG ausgesetzt sähen und daher die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur vorläufigen Duldung des Spielhallenbetriebs der Antragstellerin nichts nützen könnte (im Ergebnis ebenso: OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019- 4B 255/18 -, ZfWG 2019, 516 <juris Rn. 76>; SaarOVG, Beschluss vom 13.12.2018 1B248/18 -, ZfWG 2019, 71 <juris Rn. 14>; VG Oldenburg, Beschluss vom 24.5.2017 - 7 B 2896/ 17-, juris Rn. 10).

Anderes ergibt sich auch nicht aus dem von der Antragsgegnerin aufgeführten Urteil des Bundesgerichtshofs vom 27.2.2020 (- 3 StR 327/19 -, NJW 2020, 2282 <juris>) und der sonstigen von ihr benannten strafgerichtlichen Rechtsprechung. Der Bundesgerichtshof hat in dem genannten Urteil ausgeführt, dass sich eine Person nach § 284 Abs. 1 StGB strafbar macht, wenn sie öffentlich Glücksspiel veranstaltet, ohne dass eine behördliche Erlaubnis vorliegt (a. a. O. Rn. 8). Diese Tatbestandsmerkmale sind - so der Bundesgerichtshof - auch dann erfüllt, wenn die Versagung der glücksspielrechtlichen Erlaubnis möglicherweise rechtswidrig war und im Nachhinein sogar eine Erlaubnis erteilt wird (a. a. O. Rn. 13). Hierbei betont der Bundesgerichtshof, dass § 284 Abs. 1 StGB verwaltungsakzessorisch ausgestaltet ist, indem die Tatbestandserfüllung an das Fehlen einer behördlichen Erlaubnis knüpft. Das negative Tatbestandsmerkmal der fehlenden Erlaubnis entfällt danach nur, wenn im Tatzeitpunkt eine Genehmigung durch einen formal wirksamen Verwaltungsakt vorgelegen hat (a. a. O. Rn. 14).

Diesen Grundsätzen, die der Senat nicht in Frage stellt, lässt sich jedoch nicht - wie die Antragsgegnerin unter Berufung auf eine staatsanwaltschaftliche Auskunft meint - entnehmen, dass der verwaltungsrechtlichen Duldung strafrechtlich keinerlei Relevanz zukommt. Im Gegenteil erscheint es aufgrund der grundlegenden Verwaltungsakzessorietät des § 284 Abs. 1 StGB rechtlich bedenklich, einer Duldung, bei der es sich unter bestimmten Voraussetzungen um eine rechtmäßige behördliche Handlungsoption oder sogar gerichtlich angeordnete -pflicht handeln kann, die strafrechtliche und erst recht die ordnungswidrigkeitenrechtliche Relevanz abzuspochen (vgl. Deiters/Reuker/Wagner, Die strafbarkeitsbegrenzende Wirkung der behördlichen Duldung virtuellen Glücksspiels, NStZ 2021, 321 <325>). Entsprechendes ist auch der Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht zu entnehmen, der gerade kein Fall zugrunde lag, in dem der Betrieb der Spielhalle durch die Behörde aktiv geduldet wurde oder -

verwaltungsgerichtlich angeordnet werden musste. Zwar bewirkt eine bloße Duldung des Weiterbetriebs einer Spielhalle - anders als etwa eine (vorläufige) glücksspielrechtliche Erlaubnis - nicht die formelle Legalisierung des Betriebs (vgl. OVG NRW, a. a. 0. Rn. 7) und vermag es deshalb möglicherweise auch nicht, die objektiven Tatbestände des § 284 Abs. 1 StGB und des § 48 Abs. 1 Nr. 1 LGlüG entfallen zu lassen. Ihr muss aber eine das Straf- und Ordnungswidrigkeitenunrecht ausschließende Wirkung beigemessen werden. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich um eine nach verwaltungsrechtlichen Maßstäben rechtmäßige aktive Duldung handelt, die der Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Erlaubnisverfahrens sowie der Gewährung effektiven Rechtsschutzes dient (in diese Richtung auch: Lesch, Zur straf- und ordnungswidrigkeitenrechtlichen Relevanz einer behördlichen Duldung im Bereich des Glücksspiels, ZfWG 2021, 236 <241>).

Einem auf verwaltungsgerichtliche Verpflichtung der zuständigen Behörde zur Duldung des vorübergehenden Weiterbetriebs einer Spielhalle gerichteten Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes kann nach alledem das Rechtsschutzbedürfnis nicht wegen Nutzlosigkeit abgesprochen werden. Entsprechendes gilt für eine Beschwerde gegen die Ablehnung einer vorübergehenden Duldung während des laufenden Eilverfahrens im Wege der Zwischenentscheidung.

2. Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet.

Der Umfang der Überprüfung des angefochtenen Beschlusses wird durch dessen eingeschränkten Regelungsgehalt bestimmt. Im Beschwerdeverfahren ist daher nicht zu prüfen, ob dem Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abschließend stattzugeben ist, da das Verwaltungsgericht eine Entscheidung darüber noch nicht getroffen hat. Verfahrensgegenstand im Beschwerdeverfahren und allein entscheidungserheblich ist vielmehr, ob die Voraussetzungen für den Erlass eines Hängebeschlusses vorliegen. Die Prüfung des Senats beschränkt sich außerdem auf die mit der Beschwerde dargelegten Gründe. Insoweit findet § 146 Abs. 4 Satz 3 und 6 VwGO auch auf die im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes ergehende Zwischenentscheidung Anwendung (vgl. VGH BadenWürttemberg, Beschluss vom 15.2.2019, a. a. 0. Rn. 11 m. w. N.; Beschluss vom 18.12.2015, a. a. 0. Rn. 10).

Nach diesen Maßstäben gibt die Beschwerde der Antragstellerin dem Senat keinen Anlass, den angegriffenen Beschluss zu ändern und der Antragsgegnerin im Wege der Zwischenentscheidung aufzugeben, den Betrieb der in Rede stehenden Spielhalle der Antragstellerin bis zu einer Entscheidung über den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zu dulden.

Ob eine Zwischenentscheidung bzw. ein sogenannter Hängebeschluss im verwaltungsgerichtlichen Eilverfahren auf Antrag eines Beteiligten oder von Amts wegen erforderlich ist, ist - wie das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt hat - im Wege einer Interessenabwägung zu er-

mitteln. Der Erlass einer Zwischenentscheidung ist, wenn keine anderen überwiegenden Interessen entgegenstehen, zulässig und geboten, wenn der Eilantrag nicht von vornherein offensichtlich aussichtslos ist und ohne die befristete Zwischenverfügung die Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) gefährdet wäre, weil irreversible Zustände oder schwere und unabwendbare Nachteile einzutreten drohen (vgl. u. a. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 14.10.2019, a.a. O. Rn. 6; Beschluss vom 15.2.2019, a. a. O. Rn. 13-jeweils m. w. N.).

Dass diese Voraussetzungen entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts erfüllt sind, zeigt die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde nicht auf. Das Verwaltungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Antragstellerin weder glaubhaft gemacht hat, dass ohne die Zwischenentscheidung irreversible Zustände einzutreten drohen, noch dass schwere und unabwendbare Nachteile zu befürchten sind. Auch mit ihrer Beschwerde legt die Antragstellerin, die wohl mehrere Spielhallen betreibt, Art und Ausmaß der wirtschaftlichen Folgen einer vorübergehenden Schließung der einen in Rede stehenden Betriebsstätte nicht konkret dar. Entsprechender Vortrag war nicht, wie die Antragstellerin meint, deshalb entbehrlich, weil in gewisser Weise auf der Hand liegt, dass eine (ggf. nur vorübergehende) Betriebsschließung auch wirtschaftliche Nachteile mit sich bringt. Der Erlass einer Zwischenentscheidung setzt nämlich, wie dargelegt, voraus, dass es sich um schwere und unabwendbare Nachteile handelt, die selbst das Abwarten des Ausgangs eines gerichtlichen Eilverfahrens unzumutbar erscheinen lassen. Das Vorliegen dieser erhöhten Anforderungen liegt hier weder auf der Hand, noch ist dies dem Beschwerdevortrag zu entnehmen.

Hieraus folgt entgegen der Ansicht der Antragstellerin keine ungerechtfertigte Benachteiligung wirtschaftlich leistungsfähiger Antragsteller durch eine rein wirtschaftliche Betrachtungsweise. In die für die Entscheidung über den Erlass einer Zwischenentscheidung vorzunehmende Interessenabwägung sind sämtliche bekannten und gegebenenfalls von der Antragstellerin glaubhaft gemachten Umstände des Einzelfalls einzustellen, darunter auch die konkreten wirtschaftlichen Folgen des Abwartens des gerichtlichen Eilverfahrens für den jeweiligen Betriebsinhaber. Daraus folgt nicht, dass ein wirtschaftlich leistungsfähiger stets keinen effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG erhalten könnte. Mit der dahingehenden Argumentation übersieht die Antragstellerin, dass effektiver Rechtsschutz grundsätzlich durch die (vollständige) Durchführung des gerichtlichen Eilrechtsschutzverfahrens nach § 123, § 80 Abs. 5 VwGO gewährt wird. Der Erlass einer Zwischenentscheidung für die Dauer dieses Verfahrens ist auf diejenigen Fälle beschränkt, in denen selbst die gerichtliche Eilrechtsentscheidung zu spät käme. Dass dies hier der Fall wäre, ist nicht ersichtlich. Auch die Antragstellerin hat keine über die wirtschaftlichen Erwägungen hinausgehenden Gesichtspunkte glaubhaft gemacht, aus denen sich für sie die beschriebenen schweren und unabwendbaren Nachteile bei Abwarten des Verfahrensausgangs ergeben könnten. Auch Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG gebieten kein anderes Ergebnis.

Die Antragstellerin hat auch nicht hinreichend dargelegt, dass irreversible Zustände einzutreten drohen. Dass eine im Falle eines Erfolgs des Eilrechtsschutzverfahrens nur vorübergehende Schließung der Spielhalle bereits zur unumkehrbaren Abwanderung von Kunden führt, kann nicht ohne Weiteres unterstellt werden. Näheres hat die Antragstellerin zu dieser Behauptung auch mit der Beschwerde nicht vorgetragen. Auch dass das Abwarten des alsbald zu erwartenden Ausgangs des Eilverfahrens zu einem endgültigen Verlust der Betriebsstätte führen könnte oder aus sonstigen Gründen unumkehrbare Folgen eintreten, lässt sich dem Vortrag der Antragstellerin nicht entnehmen. Dass ihr seitens der Antragsgegnerin noch am 24.6.2021 telefonisch signalisiert worden sein mag, dass eine Verlängerung der Härtefallerlaubnis für weitere neun Monate in Betracht gezogen werde, ersetzt einen substantiierten Vortrag zu den konkret befürchteten Folgen der Schließung während des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens nicht.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG in Verbindung mit Nr. 1.5 Satz 1 Hs. 1, Nr. 54.1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).

[...]