

VG Karlsruhe, Beschl. v. 4.8.2021 - 1 K 2349/21

Aktive Duldung eines Spielhallenbetriebes kann im Wege des Eilrechtsschutzes erwirkt werden

§ 123 Abs. 1 VwGO; § 284 Abs. 1 StGB; S 48 Abs. 1 Nr. 1 LGlüG BW

Einer aktiven Duldung des Weiterbetriebs einer Spielhalle, die der Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Erlaubnisverfahrens sowie der Gewährung effektiven Rechtsschutzes dient, ist auf Grund der Verwaltungsakzessorietät des § 284 Abs. 1 StGB und des § 48 Abs. 1 Nr. 1 LGlüG BW eine das Straf- und Ordnungswidrigkeitenunrecht ausschließende Wirkung beizumessen.

Eine aktive Duldung liegt im Gegensatz zu einer bloß passiven Duldung, die sich durch schlichtes Nichteinschreiten in Kenntnis des gesetzeswidrigen Zustands auszeichnet, vor, wenn dem Betroffenen in unmissverständlicher Art (ausdrücklich oder ggf. auch konkludent) zu erkennen gegeben wird, dass und in welchem Umfang sowie ggf. über welchen Zeitraum die Duldung des rechtswidrigen Verhaltens oder des rechtswidrigen Zustands hingenommen wird.

(Ls. d. Red.)

Aus den Gründen:

Der Antrag der Antragstellerin, der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, den Betrieb ihrer Spielhallen bis zur Entscheidung über ihre Widersprüche vom 30.8.2018 gegen die Bescheide vom 17.8.2021, mit denen die von ihr gestellten Erlaubnisangebote nach § 41 Abs. 1 LGlüG abgelehnt worden sind, zu dulden, bleibt ohne Erfolg. Er ist bereits mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.

1. Die Antragstellerin begehrt den Erlass einer einstweiligen Anordnung, mit der der Antragsgegnerin aufgegeben werden soll, im Wege der sogenannten aktiven Duldung (vgl. zur Rechtsfigur und zum Begriff der aktiven Duldung etwa: OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 24.2.2016 7A1623/14 -, juris Rn. 50; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 4.9.2013-3L 108/11 -, juris Rn. 70; Lesch, Zur straf- und ordnungsrechtlichen Relevanz einer behördlichen Duldung im Bereich des Glücksspiels, ZfWG 2021, 236 (236) m. w. N.; Beaucamp, Duldungsentscheidungen im Verwaltungsrecht, DÖV 2016, 802 (803); vgl. auch VGH Bad.-Württ., Urteil vom 5.4.1990- 5 S 1242/89 -, juris Rn. 33) nicht gegen die von ihr derzeit ohne

entsprechende Erlaubnisse nach dem Landesglücksspielgesetz betriebenen Spielhallen einzuschreiten. Dabei geht es der Antragstellerin darum, von einer ordnungs- oder strafrechtlichen Sanktionierung des Betriebs der Spielhallen bis zu einer Widerspruchsentscheidung über die von ihr gestellten Erlaubnisangebote verschont zu bleiben. Dieses Ziel kann sie durch den gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung erreichen. Denn der aktiven Duldung des Weiterbetriebs ihrer Spielhallen, die der Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Erlaubnisverfahrens sowie der Gewährung effektiven Rechtsschutzes dient, ist auf Grund der Verwaltungsakzessorietät des § 284 Abs. 1 StGB und des § 48 Abs. 1 Nr. 1 LGLüG eine das Straf- und Ordnungswidrigkeitenunrecht ausschließende Wirkung beizumessen (so ausdrücklich: VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 20.7.2021 - 6 S 2237/21 - unter Berücksichtigung des auch von den Beteiligten herangezogenen Beschlusses des BGH vom 20.7.2020- 3 StR327/19 -, juris).

2. Für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung fehlt der Antragstellerin allerdings das Rechtsschutzbedürfnis.

Ein Rechtsschutzbedürfnis für die Inanspruchnahme von gerichtlichem Rechtsschutz ist nicht gegeben, wenn das prozessuale Vorgehen die Rechtsstellung des Klägers oder des Antragstellers nicht verbessern kann und daher nutzlos ist (VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 8.2.2021, a. a. O., juris Rn. 18; Sodan, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl., § 42 Rn. 350 m. w. N.). Das ist dann anzunehmen, wenn die Klage für den Kläger bzw. der Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz für den Antragsteller offensichtlich keinerlei rechtliche oder tatsächliche Vorteile bringen kann (BVerwG, Urteil vom 29.4.2004- 3 C 25.03 -, juris Rn. 8; VGH Bad.Württ., Beschluss vom 8.2.2021, a. a. O., juris Rn. 18). Dies ist hier der Fall.

Denn die Antragsgegnerin hat gegenüber der Antragstellerin die begehrte, das Straf- und Ordnungswidrigkeitenunrecht (§ 284 Abs. 1 StGB, § 48 Abs. 1 Nr. 1 LGLüG) ausschließende aktive Duldung abgegeben. Eine solche aktive Duldung liegt im Gegensatz zu einer bloß passiven Duldung, die sich durch schlichtes Nichteinschreiten in Kenntnis des gesetzeswidrigen Zustands auszeichnet, vor, wenn dem Betroffenen in unmissverständlicher Art (ausdrücklich oder ggf. auch konkludent) zu erkennen gegeben wird, dass und in welchem Umfang sowie ggf. über welchen Zeitraum die Duldung des rechtswidrigen Verhaltens oder des rechtswidrigen Zustands hingenommen wird (OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 24.2.2016- 7A 1623/14 -, juris Rn. 50; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 4.9.2013- 3L 108/11 -, juris Rn. 70; Lesch, a. a. O., S. 236 m. w. N.; Beaucamp, a. a. O., S. 803).

Die Antragsgegnerin hat mit E-Mail vom 29.6.2021 bezüglich der Spielhallen der Antragstellerin erklärt: „Angesichts der verwaltungsrechtlich noch nicht geklärten Frage, ob die Versagung Ihrer Spielhallenerlaubnisse nach § 41 LGLüG zu Recht erfolgt ist, könnte eine sofortige Vollstreckung unverhältnismäßig sein. Daher erfolgte bislang keine Schließungsverfügung.

Sollte sich an dieser Rechtsauffassung etwas ändern, erhalten Sie von uns zeitnah weitere Nachricht." Weiter erklärte die Antragsgegnerin, es werde „weiterhin keine Duldung ausgesprochen, sondern weiterhin am Vollstreckungsausschub (gemeint wohl: „Vollstreckungsaufschub“) bis zum Abschluss der Rechtstreitverfahren festgehalten." Bei der gebotenen Auslegung entsprechend den §§ 133, 157 BGB, für die der erklärte Wille maßgebend ist, wie ihn der Empfänger von seinem Standpunkt aus bei objektiver Würdigung verstehen konnte (BVerwG, Beschluss vom 19.9.2013- 9 B 20.13, 9 B 21.13 -, juris Rn. 11 m. w. N.; VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 27.7.20182 S1228/18 -, juris Rn. 6), kann dieser Erklärung nur der Aussagewert beigemessen werden, dass die Antragsgegnerin bei gleichbleibender Rechtslage keinerlei Maßnahmen gegen den Betrieb der beiden Spielhallen unternimmt, bis über die Erlaubnisansträge der Antragstellerin bestandskräftig oder rechtskräftig entschieden ist (vgl. zur entsprechenden Auslegung der Erklärung, dass im Hinblick auf eine noch zu treffende Auswahlentscheidung vorläufig keine Vollzugsmaßnahmen durchgeführt werden: VG Karlsruhe, Beschluss vom 30.6.2021- 2 K 2307/21 -). Insbesondere verzichtet die Antragsgegnerin mit dieser Erklärung nicht bloß auf ein ordnungswidrigkeitenrechtliches Einschreiten. Zwar beginnt der einschlägige Absatz der E-Mail der Antragsgegnerin vom 29.6.2021 mit einem Hinweis darauf, dass der Betrieb einer Spielhalle ohne erteilte Erlaubnis nach S 41 LGlüG eine Ordnungswidrigkeit nach S 48 Abs. 1 Nr. 1 LGlüG darstelle und es dem sog. Opportunitätsgrundsatz unterliege, ob die zuständige Verwaltungsbehörde die ordnungswidrige Handlung unterbinde oder durch ein Bußgeld ahnde. Auch wird am Ende der E-Mail darauf hingewiesen, dass es an den Strafverfolgungsbehörden liege, strafbewehrtes unerlaubtes Glücksspiel zu unterbinden, sollte ein strafbewehrtes unerlaubtes Glücksspiel im Sinne des S 284 StGB vorliegen. Gleichwohl führt die Antragsgegnerin in diesem Schreiben nicht lediglich aus, dass von einem Vorgehen auf Grundlage des S 48 Abs. 1 Nr. 1 LGlüG abgesehen wird, sondern spricht unter Hinweis darauf, dass angesichts des noch nicht durch das Regierungspräsidium Karlsruhe entschiedenen Widerspruchsverfahrens eine Schließung der jeweiligen Spielhalle vor einer rechtskräftigen Verwaltungsentscheidung unverhältnismäßig sein könnte, allgemein und weiter gefasst davon, dass am Vollstreckungsaufschub festgehalten werde. Insofern handelt es sich um die Mitteilung einer aktiven Duldung im oben genannten Rechtssinne, nämlich um die willentliche Erklärung eines Nichteinschreitens der Behörde trotz einer rechtlich grundsätzlich eröffneten Möglichkeit. Dabei ist es unschädlich, dass die Antragsgegnerin ausdrücklich erklärt, es werde „keine Duldung ausgesprochen“, sondern am Vollstreckungsaufschub festgehalten. Denn inhaltlich hat die Antragsgegnerin - wie zuvor dargelegt - eine aktive Duldung (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 24.2.2016 - 7 A 1623/14 -, juris Rn. 50; OVG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 4.9.2013- 3L 108/11 -, juris Rn. 70; Lesch, a. a. O., S. 236 m. w. N.; Beaucamp, a. a. O., S. 803) erklärt und lediglich eine andere Begrifflichkeit hierfür gewählt. Der internen Kommunikation der Antragsgegnerin ist zu entnehmen, dass nach ihrer Auffassung eine „Duldung“ eine Erlaubnis auf Widerruf wäre, wohingegen ein vorübergehender Verzicht auf die Unterbindung einer unerlaubten Tätigkeit als „Vollstreckungsaufschub“ zu bezeichnen sei.

Eine Erlaubnis auf Widderruf ist hier jedoch nicht Streitgegenstand und wird von der Antragstellerin nicht begehrt. Der von der Antragsgegnerin ausgesprochene Vollstreckungsaufschub entspricht vielmehr inhaltlich der hier beehrten „aktiven Duldung“. Die Erklärung des „Vollstreckungsaufschubs“ wurde insbesondere zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Erlaubnisverfahrens ausgesprochen und lässt den Umfang und den Zeitraum der Duldung erkennen. Hierdurch wird eine Erwartung an ein künftiges - zeitlich begrenztes - Verhalten der Antragsgegnerin geschaffen (ebenso: VG Karlsruhe, a. a. O.), auf das die Antragstellerin vertrauen darf und dem damit nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg (VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 20.7.2021- 6S 2237/21-) eine das Straf- und Ordnungswidrigkeitenunrecht ausschließende Wirkung beizumessen ist. Von einem solchen Verständnis des Erklärungsinhalts der E-Mail vom 29.6.2021 dürfte auch die Antragsgegnerin selbst ausgehen, wenn sie in ihrer Antragsrwiderrung ausdrücklich unter Hinweis auf diese E-Mail geltend macht, dass der Antrag gemäß S 123 VwGO („mangels Antragsbefugnis“ bzw. „mangels Rechtsschutzbedürfnisses“) unzulässig ist. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung folgt aus §§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG in Verbindung mit Nm. 1.5 Satz 1 Halbsatz 1, Nr. 54.1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 und berücksichtigt, dass hier zwei Spielhallen streitgegenständlich sind.

[...]