

LG Offenburg (5. Zivilkammer), Urteil vom 23.02.2022 – 5 O 37/21 KfH

Keine Berufung auf behördliche Duldung im Lauterkeitsrecht

Tenor

1. Die Antragsgegnerin wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung zu zahlenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, in der Hauptstraße ... in ... eine Spielhalle zu betreiben, ohne über die dafür erforderliche Erlaubnis zu verfügen.
2. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Der Streitwert wird auf € 50.000,00 festgesetzt.

Tatbestand:

1. Die Parteien streiten im Wege des einstweiligen Verfügungsverfahrens über die Untersagung des Betriebs einer Spielhalle der Antragsgegnerin in
2. Die Antragstellerin und die Antragsgegnerin betreiben jeweils seit vor 2011 Spielhallen in ..., die Antragstellerin in der ..., die Antragsgegnerin in der H.straße Beide Spielhallen sind weniger als 500 m voneinander entfernt. Die Spielhalle der Antragsgegnerin befindet sich in einer Entfernung von weniger als 500 m von einer Jugendeinrichtung. Der Abstand zwischen der Spielhalle der Antragsgegnerin und der ...schule beträgt lediglich ca. 310 m.
3. Aufgrund einer Änderung der Rechtslage bedurfte der Betrieb der Spielhallen der Parteien im Jahre 2016 einer neuen Erlaubnis. Die Stadt ... als zuständige Behörde erteilte der Antragstellerin mit Bescheid vom 13.06.2017 (vergleiche Anlage AG 1) eine sogenannte Härtefallerlaubnis gemäß den §§ 41 Abs. 1, 51 Abs. 5 Landesglücksspielgesetz (LGlüG). Diese Erlaubnis befristete den Betrieb der Spielhalle der Antragstellerin bis zum Ablauf des 31.03.2020. Gegen diesen Bescheid legte die Antragstellerin am 10.07.2017 umfassenden Widerspruch ein. Das Regierungspräsidium ... als zuständige Widerspruchsbehörde hat den Widerspruch mit Bescheid vom 15.09.2020 zurückgewiesen (vergleiche Anlage AG 2). Hiergegen erhob die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 16.10.2020 Klage zum Verwaltungsgericht ... (vergleiche Anlage AG 3).
4. Parallel hatte die Antragstellerin eine neue Erlaubnis zum Betrieb ihrer Spielhalle beantragt. Diese war ihr mit Bescheid der Stadt ... vom 01.07.2021, befristet bis zum 30.06.2036 erteilt

worden (vergleiche Anlage AST 1). In der Folge der Erlaubniserteilung vom 01.07.2021 wurde das Verfahren beim VG ... am 13.07.2021 für erledigt erklärt und am 27.08.2021 durch Beschluss des Verwaltungsgerichts eingestellt.

5. Auch die Antragsgegnerin beantragte eine entsprechende Härtefallerlaubnis, die ihr mit Bescheid der Stadt ... vom 13.06.2017 (vergleiche Anlage AG 4) ebenfalls erteilt wurde, befristet bis zum Ablauf des 30.06.2021. Die Antragsgegnerin legte gegen diesen Bescheid einen sogenannten isolierten Widerspruch ein, der sich ausschließlich gegen die Befristung der Erlaubnis wendet. Mit Bescheid vom 15.09.2020 wies das Regierungspräsidium ... als Widerspruchsbehörde den Widerspruch zurück (vergleiche Anlage AG 5). Hiergegen erhob die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 12.10.2020 Klage zum Verwaltungsgericht ... (vergleiche Anlage AG 6). Mit dieser Klage, die als Verpflichtungsklage ausgestaltet ist, begehrte die Antragsgegnerin die Erteilung einer bis zum 30.06.2032 gültigen Erlaubnis. Die Antragsgegnerin beantragte am 21.10.2020 das Ruhen des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens, welches auch angeordnet wurde.

6. Wie die Antragstellerin, so begehrte auch die Antragsgegnerin die Erteilung einer neuen Erlaubnis. Im Rahmen des zugunsten der Antragstellerin ergangenen Bescheids vom 01.07.2021 nahm die Stadt ... eine Abwägung zwischen der Spielhalle der Antragstellerin und derjenigen der Antragsgegnerin vor, da aufgrund des zu geringen Abstandes zwischen beiden Spielhallen nur einer die Betriebserlaubnis erteilt werden konnte. Während der Spielhalle der Antragstellerin die Erlaubnis erteilt wurde, wurde im Rahmen der Abwägungsentscheidung der Behörde damit der Antrag der Antragsgegnerin zurückgewiesen. Wesentliches Ermessenskriterium bei der Zurückweisung des Antrags der Antragsgegnerin war dabei die Unterschreitung des Mindestabstands der Spielhalle der Antragsgegnerin zur ...schule.

7. Gegen den Bescheid vom 01.07.2021 legte die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 09.07.2021 Drittwiderspruch ein (vergleiche Anlage AG 10).

8. Daraufhin ordnete die Verwaltungsbehörde mit Bescheid vom 30.08.2021 die sofortige Vollziehbarkeit des Bescheids vom 01.07.2021 an. Hiergegen wandte sich die Antragsgegnerin wiederum mit Schriftsätzen vom 06.09.2021 bzw. vom 08.09.2021, in denen jeweils ebenfalls ein Drittwiderspruch erhoben wurde (vergleiche Anlage AG 9 und AG 11).

9. Nachdem der Antragstellerin erneut die Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle erteilt worden war, rief die Antragsgegnerin das für ruhend erklärte Verfahren vor dem Verwaltungsgericht ... wieder an. Sowohl dieses verwaltungsgerichtliche Verfahren als auch das Verwaltungsverfahren auf die diversen Drittwidersprüche der Antragsgegnerin hin sind noch nicht abgeschlossen.

10. Die Antragstellerin ist der Auffassung, dass sie aufgrund des Bescheids vom 01.07.2021 ihre Spielhalle in zulässiger Weise betreibe, wohingegen die Antragsgegnerin für den Betrieb ihrer Spielhalle nicht über die erforderliche Erlaubnis verfüge. Vor diesem Hintergrund ist sie der Auffassung, dass der Betrieb der Spielhalle der Antragsgegnerin lauterkeitswidrig aufgrund Rechtsbruches betrieben werde.

11. Die Antragstellerin behauptet, für den Betrieb der Spielhalle der Antragsgegnerin fehle es auch an einer sogenannten aktiven Duldung der zuständigen Behörde.

12. Sie ist weiter der Auffassung, dass der Bescheid vom 01.07.2021, soweit er zu ihren Gunsten erging, nicht nichtig sei. In diesem Zusammenhang behauptet sie, dass keine tatsächlichen Gründe vorlägen, die gegen eine Erlaubnis sprächen. Die von ihr betriebene Spielhalle werde nicht durch ein Bistro betreten; vielmehr betrete man das Gebäude am Eingang durch eine Tür, die in einen Windfang münde, von dem der Eingang zum Bistro abgehe und wobei man nach dem Windfang in einen Flur gelange, von dem aus man durch einen separaten Eingang die Spielhalle betrete. Um in die Spielhalle zu kommen, müsse man das Bistro nicht betreten. Die Räumlichkeiten seien voneinander getrennt, einschließlich der Toilettenanlagen. Getränke aus dem Bistro dürften ausschließlich dort verzehrt werden und nicht in der Spielhalle. Die Zertifizierung der Spielhalle der Antragstellerin sei ordnungsgemäß erteilt worden.

13. Die Antragstellerin beantragte,

1. Die Antragsgegnerin wird verurteilt, es zu unterlassen, in der H.straße ... in ... eine Spielhalle zu betreiben, ohne über die dafür erforderliche Erlaubnis zu verfügen.

2. Der Antragsgegnerin wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungsverpflichtung gemäß Ziff. 1 Ordnungsgeld bis zu € 250.000,00 und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten (Ordnungshaft zu vollziehen am Geschäftsführer der Antragsgegnerin) angedroht.

14. Die Antragsgegnerin beantragte,

die Zurückweisung der Anträge der Antragstellerin.

15. Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, dass die Antragstellerin zu Unrecht im Besitz einer Erlaubnis zum Betrieb ihrer Spielhalle sei, da der Bescheid vom 01.07.2021 nichtig, jedenfalls aber rechtswidrig sei. Die Abwägungsentscheidung sei zu Unrecht zum Nachteil der Antragsgegnerin ausgefallen. Sie selbst verfüge über eine ununterbrochene Erlaubnis zum Betrieb ihrer Spielhalle. Dies beruhe auf der Entscheidung der Verwaltungsbehörde vom 13.06.2017 und der daraus resultierenden aufschiebenden Wirkung des gegen diesen Bescheid eingelegten

Widerspruchs und der erhobenen Klage zum Verwaltungsgericht. Jedenfalls sei von einer aktiven Duldung auszugehen, die konkludent erfolgt sei, insbesondere dadurch, dass die zuständige Verwaltungsbehörde nichts gegen den Betrieb der Spielhalle der Antragsgegnerin unternommen habe und dass darüber hinaus die entsprechend gezahlten Steuern vereinnahmt würden.

16. Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, dass die Ermessensentscheidung der zuständigen Behörde, die dem Bescheid vom 01.07.2021 zugrunde lag, rechtsfehlerhaft sei und dass sie auf falscher Tatsachengrundlage beruhe. Sie behauptet, die Verwaltungsbehörde habe verkannt, dass die Spielhalle der Antragstellerin in unzulässiger Weise durch ein Bistro betreten werde. Dies sei der einzige Ein- und Ausgang der Spielhalle. Weiter würde in dem Bistro Alkohol ausgeschenkt, der von den Gästen der Spielhalle im Bistro geholt und in der Spielhalle konsumiert werde. Auch fehle es an der erforderlichen Aufsicht in der Spielhalle.

17. Letztlich behauptet die Antragsgegnerin, die Zertifizierung der Spielhalle der Antragstellerin beruhe nicht auf den tatsächlichen Gegebenheiten.

18. Daraus folgt nach Auffassung der Antragsgegnerin, dass im Falle einer neuen Abwägungsentscheidung sie damit rechnen könne, dass der Betrieb der Spielhalle der Antragstellerin untersagt und derjenige der eigenen Spielhalle genehmigt werde, insbesondere weil auf die Nähe zur ...schule nicht abgestellt werden könne.

19. Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die zur Akte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen und weiteren Unterlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

20. Der Antrag ist zulässig und begründet.

21. Die Antragstellerin kann nach dem Ergebnis der summarischen Prüfung im einstweiligen Verfügungsverfahren die Antragsgegnerin aus den §§ 8 Absätze 1 und 3 Nr. 1, 3 Abs. 1, 3 a UWG i. V. m. § 41 Abs. 1 LGlüG auf Unterlassung des Betriebs ihrer Spielhalle in der H.straße in ... in Anspruch nehmen.

22. Die Antragstellerin ist Mitbewerberin der Antragsgegnerin im Sinne von § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Sie steht mit der Beklagten unstreitig in einem unmittelbaren Wettbewerbsverhältnis, da beide Parteien in einem Abstand von weniger als 500 m zueinander jeweils eine eigene Spielhalle in ... betreiben. Dabei ist es unerheblich, ob gemäß dem Vortrag der Antragsgegnerin die Antragstellerin als Mitbewerber ihr Unternehmen in rechtlich unzulässiger Weise, d. h. mit den erforderlichen öffentlichrechtlichen Erlaubnissen führt oder nicht, da es sich insoweit lediglich um eine Frage handelt, die die Zulässigkeit des Marktzugangs betrifft und die für die

Mitbewerbereignis ohne Bedeutung ist (vergleiche Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 39. Aufl. 2021, Rn. 3.27 zu § 8).

23. Die Antragsgegnerin handelt auch unlauter im Sinne von § 3 Abs. 1 UWG, da sie zur Überzeugung des Gerichts ihre Spielhalle ohne die erforderliche behördliche Erlaubnis nach den §§ 2, 41 LGlüG betreibt und damit einer gesetzlichen Vorschrift zuwider handelt, die als Marktverhaltensnorm anzusehen ist (§ 3 a UWG).

24. Das Gericht geht davon aus, dass die Antragstellerin ihrerseits ihre Spielhalle rechtmäßig auf der Grundlage einer wirksamen behördlichen Erlaubnis gemäß den §§ 2, 41 LGlüG betreibt.

25. Dabei kann es nach Auffassung der Kammer dahingestellt bleiben, wie sich für die Antragstellerin der verwaltungsrechtliche Ablauf vor dem 01.07.2021 darstellte, da diese jedenfalls auf der Grundlage des Bescheids vom 01.07.2021 im Besitz einer gültigen Erlaubnis ist. Auf den Bescheid vom 01.07.2021 wird Bezug genommen. Hieran ändert auch nichts der gegen den Bescheid durch die Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 09.07.2021 eingelegte Drittwiderspruch. Zwar ist davon auszugehen, dass insoweit ein Widerspruch im Sinne der §§ 68 ff. VwGO grundsätzlich zulässig ist, weil verwaltungsrechtlich der Bescheid vom 01.07.2021 als Verwaltungsakt mit Doppelwirkung anzusehen ist, da er einerseits, soweit es um die Erlaubniserteilung zugunsten der Antragstellerin geht, begünstigenden Charakter hat, jedoch soweit hierdurch gleichzeitig der Antrag der Antragsgegnerin auf Erlaubnis ihrer Spielhalle abgelehnt wurde, er dieser gegenüber eine belastende Wirkung entfaltet (vergleiche im einzelnen: Kopp/Schenke, VwGO, 26. Aufl. 2020, Rn. 15 zu § 80). Bei derartigen Verwaltungsakten mit Doppelwirkung ist der den einstweiligen Rechtsschutz regelnde § 80 VwGO grundsätzlich anwendbar. Ob und inwieweit durch den Drittwiderspruch jedoch eine aufschiebende Wirkung gemäß § 80 Abs. 1 VwGO bewirkt worden ist, kann dahingestellt bleiben, da unstrittig die zuständige Verwaltungsbehörde mit Bescheid vom 30.08.2021 gemäß § 80 a Abs. 1 und 2 VwGO die sofortige Vollziehung des Bescheids vom 01.07.2021 angeordnet hat.

26. Diese Anordnung konnte die Antragsgegnerin nicht durch die Drittwidersprüche vom 06./08.09.2021 aushebeln, da Maßnahmen gemäß § 80 a Abs. 1 und 2 VwGO nicht wie allgemeine Verwaltungsakte im Rahmen des Widerspruchsverfahrens nach den §§ 68 ff. VwGO angegriffen werden können. Dies ergibt sich daraus, dass die Vollzugsanordnung keinen Verwaltungsakt darstellt, sondern einen unselbstständigen Annex zum Ausgangsverwaltungsakt (vergleiche Kopp/Schenke, aaO., Rn. 78 zu § 80). Folglich handelt es sich bei den von der Antragsgegnerin eingelegten Drittwidersprüchen um unzulässige Rechtsbehelfe. Vielmehr hätte diese gegen die Anordnung des Sofortvollzugs mit den Rechtsbehelfen gemäß den §§ 80 Abs. 4 und 5, 80 a Abs. 3 VwGO vorgehen müssen (vergleiche Kopp/Schenke, aaO., Rn. 106 ff. zu § 80, Rn. 10 zu § 80 a und Rn. 4 zu § 123).

27. Die mit dem Bescheid vom 01.07.2021 der Antragstellerin erteilte Erlaubnis ist daher jedenfalls im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung des vorliegenden Rechtsstreits aufgrund der Vollziehungsanordnung vom 30.08.2021 wirksam, da gegen diese kein statthafter Rechtsbehelf eingelegt worden war. Ungeachtet dessen wäre selbst bei Einlegung eines statthaften Rechtsbehelfs allein durch dessen Einlegung die Vollzugsanordnung nicht außer Kraft gesetzt worden. Dies wäre erst der Fall, wenn es zu einer entsprechenden ausdrücklichen Entscheidung über die Aussetzung der Vollziehbarkeit durch die zuständige Behörde gekommen wäre (vergleiche Kopp/Schenke, aaO., Rn. 113 zu § 80). Solches ist bislang nicht geschehen.

28. Nach Auffassung der Kammer ist auch nicht davon auszugehen, dass die Erlaubniserteilung gemäß Bescheid vom 01.07.2021 wegen Nichtigkeit des zugrunde liegenden Verwaltungsaktes von Anfang an unwirksam war. Eine derartige Nichtigkeit im Sinne von § 44 LVwVfG verneint die Kammer.

29. Nach § 44 Abs. 1 LVwVfG ist ein Verwaltungsakt jedenfalls dann nichtig, wenn er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist. Dabei sind Fehler im vorgenannten Sinne solche, die in einem so schwerwiegenden Widerspruch zur geltenden Rechtsordnung und den ihr zugrunde liegenden Wertvorstellungen der Gemeinschaft stehen, dass es unerträglich wäre, wenn der Verwaltungsakt die mit ihm intendierten Rechtswirkungen hätte. Dabei ist nicht primär maßgebend der Verstoß gegen bestimmte Rechtsvorschriften als solche, sondern der Verstoß gegen die der Rechtsordnung insgesamt oder in bestimmter Hinsicht zugrunde liegenden und diese tragenden Zweck- und Wertvorstellungen, insbesondere auch tragende Verfassungsprinzipien (vergleiche Kopp/Ramsauer, VwVfG, 22. Aufl. 2021, Rn. 8 zu § 44).

30. Bei den von Antragsgegnerseite vorgetragene möglichen Rechtsverstößen der Antragstellerin im Rahmen des dem Bescheid vom 01.07.2021 vorausgehenden Genehmigungsverfahrens handelt es sich - ihre Richtigkeit als wahr unterstellt - nicht um solche von einer derartigen Schwere und Tragweite, wie sie zur Bejahung der Nichtigkeit im Sinne von § 44 Abs. 1 LVwVfG erforderlich wären. Die Antragsgegnerin beruft sich als mögliche Verstöße auf Verletzungen der Erlaubnisvoraussetzungen bzw. der Anforderungen für Spielhallen im Sinne der §§ 41, 42 LGLüG. Dabei sollen einerseits die baulichen Voraussetzungen und die aufsichtsrechtlichen Voraussetzungen nicht gewährleistet sein. Darüber hinaus würde auch in unzulässiger Weise Alkohol abgegeben und es bestünden Bedenken an der sachlichen Richtigkeit der zugrunde liegenden Zertifizierung.

31. Bei all den von der Antragsgegnerin behaupteten Verstößen der Antragstellerin handelt es sich - diese als wahr unterstellt - um reine Verletzungen einfachen Sachrechts nach den Normen des Landesglücksspielgesetzes. Es ist nicht ersichtlich, inwieweit derartige behauptete

Verletzungen tragende Zweck- und Wertvorstellungen der Rechtsordnung, insbesondere Verfassungsprinzipien verletzen sollten. Vielmehr handelt es sich um einfache Rechtsverstöße, die die Verwaltungsbehörde allenfalls zur Rücknahme oder zum Widerruf gemäß den §§ 48, 49 LVwVfG, 41 Abs. 4 LGLüG berechtigen würden (vergleiche als Beispiele für schwerwiegende, zur Nichtigkeit führende Rechtsfehler: Kopp/Ramsauer, aaO., Rn. 16 ff. zu § 44, woraus sich ergibt, dass die hier behaupteten Rechtsverstöße bei weitem unterhalb der Schwelle der für eine Nichtigkeit erforderlichen Schwere liegen).

32. Nichtigkeitsfälle gemäß den in § 44 Abs. 2 LVwVfG aufgeführten Regelatbeständen sind weder ersichtlich noch vorgetragen.

33. Die von Antragsgegnerseite behaupteten Rechtsverstöße der Antragstellerin - selbst wenn man diese als wahr unterstellt - geben einfachrechtlich keine Handhabe, die vorliegende Erlaubnis der Klägerin gemäß § 41 LGLüG im Wettbewerbsverfahren erfolgreich anzugreifen. Diese wären allenfalls nach der Lehre von den „unclean hands“ im Rahmen der lauterkeitsrechtlichen Prüfung zu beachten. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass dieser Einwand, der besagt, dass der Gläubiger seinerseits in gleicher oder vergleichbarer Weise wettbewerbswidrig gehandelt habe wie der Schuldner (vergleiche Köhler/Bornkamm/Feddersen, aaO., Rn. 2.38 zu § 11), grundsätzlich im Wettbewerbsrecht keine Anwendung findet. Von einer Anwendbarkeit kann allenfalls in extremen Ausnahmefällen ausgegangen werden, wenn zugleich die Interessen Dritter oder der Allgemeinheit berührt werden und der Kläger sich bei wechselseitiger Abhängigkeit der beiderseitigen Wettbewerbsverstöße zu seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen würde (vergleiche Köhler/Bornkamm/Feddersen, aaO., Rn. 2.39 zu § 11; BGH, Urteil vom 26.11.1976 – I ZR 86/75 - Juris, Rn. 49; OLG Karlsruhe, Urteil vom 09.04.2008 – 6 U 20/08 - Juris, Rn. 12).

34. Die Voraussetzungen einer ausnahmsweisen Anwendbarkeit der Lehre von den „unclean hands“ liegen im vorliegenden Fall nach Auffassung der Kammer nicht vor. Zwar mag man noch bei einer möglicherweise rechtswidrigen Erlaubnis für eine Spielhalle von einer Berührung der Interessen der Allgemeinheit ausgehen. Selbst wenn dies jedoch der Fall wäre, fehlte es an einer Gleichartigkeit der Wettbewerbsverletzungen und einer entsprechenden wechselseitigen Abhängigkeit.

35. Während der Vorwurf gegenüber der Antragsgegnerin lautet, dass diese Ihre Spielhalle gänzlich ohne Erlaubnis betreibe, wäre deren Vorwurf an die Antragstellerin, dass diese zwar eine Erlaubnis habe, welche jedoch rechtlich angreifbar wäre, da es wegen der behaupteten Verstöße der Antragstellerin an den Voraussetzungen für eine Erlaubnis mangelte. Diese Sachverhalte sind rechtlich nicht vergleichbar und daher nicht wechselseitig im Sinne der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Karlsruhe.

36. Die der Antragstellerin erteilte Erlaubnis scheidet auch nicht an einer fehlerhaften Abwägung durch die Verwaltungsbehörde. Die im Bescheid vom 01.07.2021 durch die Verwaltungsbehörde vorgenommene Abwägung, die durch das Zivilgericht vorfrageweise zu prüfen ist, unterliegt nach Auffassung der Kammer keinen Rechtsfehlern.

37. Die Stadt ... ging unstreitig davon aus, dass die Spielhallen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin weniger als 500 m voneinander entfernt sind und somit eine Abwägung vorzunehmen ist, welcher der konkurrierenden Spielhallen die Erlaubnis zu erteilen und welcher diese zu versagen ist. Die Verwaltungsbehörde hat den Sachverhalt in Bezug auf beide Spielhallen ausführlich ermittelt. Sie hat im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung aus Sicht der Kammer ihr Ermessen nicht in ermessensfehlerhafter Weise ausgeübt. Zu Recht stellte sie als wesentliches Unterscheidungsmerkmal darauf ab, dass die Spielhalle der Antragsgegnerin lediglich in rund 310 m Entfernung von der ...schule liegt, mithin einer Einrichtung zum Aufenthalt von Kindern und Jugendlichen im Sinne von § 42 Abs. 3 LGLüG, obwohl ein Mindestabstand von 500 m einzuhalten ist.

38. Die Stadt ... als zuständige Verwaltungsbehörde durfte sich nach Auffassung der Kammer als Abwägungskriterium zu Recht auf § 42 Abs. 3 LGLüG stützen. Zwar ist es zutreffend, dass das Mindestabstandsgebot des § 42 Abs. 3 LGLüG grundsätzlich gemäß der Übergangsvorschrift des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG keine Anwendung findet, wenn eine Spielhalle betroffen ist, bei der es sich um eine vor Inkrafttreten des Landesglücksspielgesetzes genehmigte Bestandsspielhalle handelt (vergleiche VGH BadenWürttemberg, Beschluss vom 09.09.2021 – 6 S 2716/21 - Juris, Rn. 13). Im vorliegenden Fall kann dahinstehen, ob der Vertrauensschutz durch den Wegfall der Erlaubnis zum 30.06.2021 aufgrund einer relevanten Zäsur entfallen ist (vergleiche hierzu: VGH BadenWürttemberg, aaO., Juris, Rn. 24). Jedenfalls ist § 42 Abs. 3 LGLüG im Rahmen einer Auswahlentscheidung zwischen konkurrierenden Spielhallen - wie vorliegend - aufgrund der sich daraus ergebenden Gefährdungslage bei der Ermessensausübung durchaus zu berücksichtigen (vergleiche VGH Baden-Württemberg, aaO., Juris, Rn. 21).

39. Hier sind somit Fragen des Kinder- und Jugendschutzes in die Abwägungsentscheidung einzubeziehen, weswegen bei einer Gesamtabwägung auch die gesetzliche Wertung des §§ 42 Abs. 3 LGLüG durch die Stadt ... zutreffend berücksichtigt wurde, zumal es sich um das einzige „harte“ Differenzierungskriterium im Rahmen der Abwägung handelte.

40. Sonstige Bedenken an der Abwägungsentscheidung der Verwaltungsbehörde bestehen nach Auffassung der Kammer nicht.

41. Damit steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Antragstellerin aufgrund einer gültigen Erlaubnis ihre Spielhalle betreibt.

42. Demgegenüber fehlt der Antragsgegnerin die erforderliche Erlaubnis.

43. Aufgrund des Bescheids vom 13.06.2017 war auch der Antragsgegnerin zunächst eine Härtefallerlaubnis erteilt worden, die bis 30.06.2021 befristet war. Diese Befristung ist inzwischen ausgelaufen. Durch den Bescheid vom 01.07.2021 war auch der erneute Antrag der Antragsgegnerin auf Erteilung einer Erlaubnis zurückgewiesen worden.

44. Eine Erlaubnis der Antragsgegnerin ergibt sich auch nicht aus den jeweils eingelegten Rechtsbehelfen.

45. Bei dem Widerspruch der Antragsgegnerin gegen den Bescheid vom 13.06.2017 handelte es sich ausweislich des Widerspruchsbescheids vom 15.09.2020 um einen isolierten Widerspruch, der sich einzig gegen die Befristung im Bescheid vom 13.06.2017 richtete. Eine Verpflichtung zur Verlängerung der im Bescheid vom 13.06.2017 genannten Frist war mit dem Widerspruch nicht beantragt worden. Der reine Widerspruch gegen abgelehnte Anträge begründet jedoch keine aufschiebende Wirkung im Sinne von § 80 Abs. 1 VwGO (vergleiche Kopp/Schenke, aaO., Rn. 40 zu § 80). Selbst wenn man den Widerspruch der Antragsgegnerin als Verpflichtungswiderspruch auslegen wollte, so wäre dieser jedenfalls unstatthaft, da die Antragsgegnerin vorläufigen Rechtsschutz nur im Rahmen eines Antrags nach § 123 VwGO hätte erwirken können. Der Widerspruch selbst änderte nichts daran, dass die Erlaubnis mit Ablauf des 30.06.2021 ausgelaufen ist (vergleiche Thüringer Oberverwaltungsgericht, Beschluss vom 14.08.2018 – 3 EO 604/17 - Juris, Rn. 22).

46. Zwar hat die Antragsgegnerin gegen die ablehnende Widerspruchsentscheidung vom 15.09.2020 form- und fristgerecht am 12.10.2020 Klage zum Verwaltungsgericht erhoben. Der Klageantrag ist auch als Verpflichtungsantrag auszulegen. Ungeachtet dessen, dass das genannte Verwaltungsstreitverfahren noch nicht erledigt ist, begründet die erhobene Klage an sich jedoch keine Betriebserlaubnis für die Spielhalle der Antragsgegnerin. Eine solche könnte sich allenfalls im Falle des Obsiegens in dem Verwaltungsrechtsstreit ergeben. Diesbezüglich hätte die Antragsgegnerin in statthafter Weise einstweiligen Rechtsschutz im Sinne eines Antrags auf Weiterbetrieb bis zur Hauptsacheentscheidung stellen müssen, was nicht geschehen ist.

47. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Widerspruch gegen den Bescheid vom 01.07.2021. Zwar entfaltet der Bescheid wegen der darin enthaltenen Ablehnung des Antrags der Antragsgegnerin dieser gegenüber eine belastende Wirkung. Allerdings kommt dem Widerspruch aufgrund der am 30.08.2021 ergangenen Vollzugsanordnung keine aufschiebende Wirkung zu. Darüber hinaus handelt es sich auch insoweit um einen abgelehnten Antrag, bei dem der statthafte Rechtsbehelf nicht der Widerspruch ist, sondern nur die einstweilige Verfügung gemäß § 123 VwGO (vergleiche Kopp/Schenke, aaO., Rn. 40 zu § 80). Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen.

48. Eine Erlaubnis zum Betrieb ihrer Spielhalle ergibt sich für die Antragsgegnerin auch nicht aus einer sogenannten aktiven Duldung durch die Stadt Von einer aktiven Duldung ist auszugehen, wenn die Behörde erklärt, ein bestimmtes Verhalten dulden zu wollen. Dabei bedarf eine aktive Duldung in der Regel einer förmlichen Erklärung (vergleiche Kopp/Ramsauer, aaO., Rn. 19 und 63 zu § 35). Eine ausdrückliche, insbesondere eine schriftliche Erklärung der Stadt ... über die Duldung der Spielhalle der Antragsgegnerin liegt unstreitig nicht vor. Vielmehr erklärte die Stadt ... mit Schreiben vom 27.10.2021 gegenüber den Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin ausdrücklich, dass die Spielhalle der Antragsgegnerin gerade nicht aktiv geduldet werde (vergleiche Anlage AST 7).

49. Selbst wenn man davon ausgeht, dass eine aktive Duldung auch konkludent möglich wäre, so ist im vorliegenden Fall kein Anhaltspunkt dafür vorhanden, dass ein derartiges konkludentes Verhalten mit dem Charakter einer aktiven Duldung vorliegt. Aus der reinen Untätigkeit der Stadt ... dahingehend, dass diese nichts gegen den Weiterbetrieb der Spielhalle der Antragsgegnerin unternommen hat, kann nicht auf eine aktive Duldung geschlossen werden. Ein derartiges passives Verhalten ist jedenfalls weit von einer aktiven Duldung entfernt. Schon nach allgemeinen Grundsätzen kann in einem Schweigen der Verwaltungsbehörde auf einen Antrag auf Erlass eines Verwaltungsakts nicht dessen Erlass angesehen werden (vergleiche Kopp/Ramsauer, aaO., Rn. 63 zu § 35). Nichts anderes gilt grundsätzlich für ein reines Untätigsein (vergleiche zum Unterschied zwischen einer rechtlich irrelevanten bloßen - passiven - Duldung einerseits und einer aktiven Duldung zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Erlaubnisverfahrens andererseits: VGH Baden-Württemberg, aaO., Juris Rn. 5 und 6; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 20.07.2021 – 6 S 2237/21 - Juris, Rn. 7 und 9). In diesem Zusammenhang ist es auch unerheblich, ob die zuständige Behörde die von der Antragsgegnerin für Ihre Spielhalle anfallenden Steuern entgegennimmt oder nicht. Diese rein passive Entgegennahme kann nicht als Anzeichen für eine aktive Duldung angesehen werden.

50. Darüber hinaus hat das Gericht im Zivilprozess einen Beklagten auf Antrag des Klägers zu verurteilen, wenn sich dies aus der Gesetzeslage ergibt. Dies gilt auch und gerade in Fällen des § 3 a UWG, wenn die zuständige Behörde, aus welchen Gründen auch immer, nicht einschreitet bzw. nicht einschreiten kann. Insoweit kann sich die Antragsgegnerin jedenfalls dem Zivilgericht gegenüber nicht auf eine Duldung berufen. Vertrauensschutz kann es nämlich insoweit nur gegenüber der betreffenden Behörde geben, aber nicht gegenüber den betroffenen Marktteilnehmern, deren Interessen durch das Wettbewerbsgericht - hier die Kammer für Handelssachen - zu wahren ist (vergleiche KG, Urteil vom 06.10.2020 – 5 U 72/19 - Juris, Rn. 58).

51. In der Erlaubnisnorm des §§ 41 LGLüG ist auch eine Marktverhaltensregel im Sinne von § 3 a UWG zu sehen. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Rechtsordnung auch bei entsprechenden Regelungen des Glücksspielstaatsvertrages Marktverhaltensregeln bejaht. Dies ist auf jeden Fall gegeben, soweit es um Fragen des Jugendschutzes geht, da die entsprechende

Norm des § 4 des Glücksspielstaatsvertrages als Marktverhaltensregel angesehen wird (vergleiche Köhler/Bornkamm/Feddersen, aaO., Rn. 1.246 zu § 3 a). Folglich können auch in den den Jugendschutz betreffenden Vorschriften der §§ 2 Abs. 1 Nr. 2 a, 41 Abs. 2 Nr. 4 und 42 Abs. 3 LGlüG jugendschützende Normen gesehen werden, die den Charakter als Marktverhaltensregeln im Sinne von § 3 a UWG bejahen lassen.

52. Im konkreten Fall ergibt sich die Betroffenheit der Antragsgegnerin und der Verstoß gegen die entsprechenden Marktverhaltensregeln gerade aus der wiederholt angesprochenen Nähe zur ...schule.

53. Die Kammer bejaht auch eine spürbare Beeinträchtigung anderer.

54. Dabei verkennt die Kammer nicht, dass Zweck dieses Tatbestandsmerkmals ist, dass nicht jeder Verstoß verfolgt werden soll, insbesondere wenn keine nennenswerten Auswirkungen auf andere Marktteilnehmer zu gewärtigen sind, wobei es sich insoweit um eine Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit handelt (vergleiche Köhler/Bornkamm/Feddersen, aaO., Rn. 1.96 zu § 3 a). Bei einem Mitbewerber ist auf dessen wettbewerbliche Entfaltungsmöglichkeit und damit dessen Marktchancen abzustellen, d. h. den Schutz des Unternehmens (vergleiche Köhler/Bornkamm/Feddersen, aaO., Rn. 1.98 zu § 3 a).

55. Im vorliegenden Fall ist eine spürbare Beeinträchtigung zu bejahen, weil es vor dem Hintergrund einer Verletzung der Marktverhaltensregeln durch die Antragsgegnerin zu Vermögenseinbußen und damit wirtschaftlichen Nachteilen bei der Antragstellerin kommt. In diesem Zusammenhang ist darauf abzustellen, dass ein Verstoß gegen eine Marktverhaltensregel grundsätzlich geeignet ist, spürbar zu sein, weshalb die Spürbarkeit vermutet wird und nur ausnahmsweise verneint werden kann. Dabei ist die Vermutungswirkung gerade im Bereich des Jugendschutzes besonders ausgeprägt (vergleiche Köhler/Bornkamm/Feddersen, aaO., Rn. 1.102 zu § 3 a).

56. Dem Antrag der Antragstellerin zu entsprechen, stehen auch sonstige Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte nicht entgegen.

57. Dabei ist zunächst darauf abzustellen, dass gemäß den vorstehenden Ausführungen der Betrieb der Spielhalle der Antragsgegnerin derzeit ohne gültige Erlaubnis erfolgt.

58. Eine andere Bewertung unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten ergibt sich auch nicht aus den von der Antragsgegnerseite gegen die Antragstellerin erhobenen Vorwürfen. Diese sind im Rahmen des Verfügungsanspruchs unbeachtlich. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die vorstehenden Ausführungen Bezug genommen.

59. Hinsichtlich des Verfügungsgrundes wird die Dringlichkeit vermutet (§ 12 Abs. 1 UWG). Daher kann auf die Darlegung und Glaubhaftmachung der in den §§ 935, 940 ZPO bezeichneten Voraussetzungen verzichtet werden.

60. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch an dieser Stelle nicht aus den von der Antragsgegnerin gegen die Antragstellerin in Bezug auf die Voraussetzungen von deren Erlaubnis erhobenen Vorwürfen (unzulässige Bau- und Aufsichtssituation, Alkoholausschank, Zweifel an der Zertifizierung). Zwar wird vertreten, dass unter Umständen der Verfügungsgrund zu verneinen sein kann, wenn ein gleichzeitig anhängiger Löschungsantrag nach Einschätzung des Gerichts hohe Erfolgsaussicht hat (vergleiche OLG Frankfurt, Urteil vom 15.10.2009 – 6 U 106/09 - Juris, Rn. 5).

61. Die Kammer verneint jedoch ein Durchschlagen des Vortrags der Antragsgegnerin im vorliegenden Fall auf den Verfügungsgrund. Es fehlt bereits an einem rechtswirksamen Verfahren, das dem Löschungsverfahren im Sinne der Rechtsprechung des OLG Frankfurt vergleichbar ist. Zwar hat sich die Antragsgegnerin in ihrem Drittwiderspruch vom 09.07.2021 gegen den Bescheid vom 01.07.2021 auch auf die Gründe gestützt, die sie im vorliegenden Verfahren ebenfalls vorbrachte. Damit kann sie aber bereits deswegen nicht gehört werden, weil selbst bei Erfolg des Widerspruchs im Verwaltungsverfahren oder im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht zwingend davon auszugehen ist, dass eine Entscheidung zugunsten der Antragsgegnerin ergeht. Vielmehr erfolgt allenfalls eine Neuentscheidung durch die Verwaltungsbehörde nach pflichtgemäßem Ermessen, wobei die potentielle neue Ermessensentscheidung der Verwaltungsbehörde an dieser Stelle durch das Gericht nicht antizipiert werden kann. Die Antragsgegnerin hat somit keinen gesicherten Anspruch darauf, dass auf ihren Rechtsbehelf eine genau entgegengesetzte Entscheidung der Verwaltungsbehörde erfolgen wird. Vor dem Hintergrund dieser Unsicherheit im Rahmen des Verwaltungsverfahrens kann im vorliegenden Zivilverfahren nicht die Vermutungswirkung des § 12 Abs. 1 UWG ausgehebelt werden.

62. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

63. Die Entscheidung ist per se vollstreckbar, auch ohne ausdrücklichen Ausspruch (vergleiche Zöller-Vollkommer, ZPO, 34. Aufl. 2022, Rn. 22 zu § 922).