

## Verwaltungsgericht Stuttgart, Beschl. v. 18.07.2024 – 4 K 3820/24

### Tenor:

Der Antrag wird abgelehnt.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Streitwert wird auf 50.000,00 EUR festgesetzt.

### Gründe:

I.

**1** Der nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO statthafte und zulässige Antrag hat keinen Erfolg. Die Voraussetzungen für den Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung sind nicht erfüllt.

**2** Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis ergehen, wenn diese Regelung nötig erscheint, um unter anderem wesentliche Nachteile abzuwenden. Hierzu hat der Antragsteller nach § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 ZPO sowohl das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs, also die Berechtigung seines Begehrens in der Sache, als auch eines Anordnungsgrundes, und damit die besondere Dringlichkeit der Angelegenheit, glaubhaft zu machen. Hinreichend glaubhaft gemacht bedeutet dabei, dass die tatsächlichen Voraussetzungen zwar nicht zur Überzeugung des Gerichts feststehen, aber hinreichend wahrscheinlich sein müssen.

**3** Grundsätzlich ausgeschlossen – da mit dem Wesen einer einstweiligen Anordnung nicht vereinbar – ist es, eine Regelung zu treffen, die rechtlich oder zumindest faktisch auf eine Vorwegnahme der Hauptsache hinausläuft. Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG gilt das grundsätzliche Verbot einer Vorwegnahme der Hauptsacheentscheidung jedoch nicht, wenn eine bestimmte Regelung zur Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes schlechterdings notwendig ist, das heißt, wenn sonst zu erwartende Nachteile für den Antragsteller unzumutbar und im Hauptsacheverfahren nicht mehr zu beseitigen wären, und ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit für einen Erfolg auch in der Hauptsache spricht (W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 27. Aufl. 2021, § 123 Rn. 14).

**4** 1. Die Antragstellerin hat bereits den behaupteten Anordnungsanspruch nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Ob eine vorläufige Regelung „nötig erscheint“, ist auf der Grundlage einer

Interessenabwägung zu beantworten. Es ist zu prüfen, ob es der Antragstellerin unter Berücksichtigung ihrer Interessen, aber auch der öffentlichen Interessen nicht zumutbar ist, die Hauptsacheentscheidung abzuwarten (VGH Bad.Württ., Beschluss vom 29. Juni 2023 – 6 S 416/23 – juris Rn. 8; vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 25. November 2021 – 6 S 2239/21 – juris Rn. 25).

**5** Ein solcher sicherungsfähiger Anspruch auf Betrieb der Spielhalle bis zur Entscheidung über den Erlaubnisantrag wurde nicht hinreichend glaubhaft gemacht.

**6** Nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGlüG bedarf der Betrieb einer Spielhalle der Erlaubnis. Eine Spielhalle im Sinne des Landesglückspielgesetzes ist ein Unternehmen oder Teil eines Unternehmens im stehenden Gewerbe, das ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten nach § 33c Abs. 1 Satz 1 GewO oder der Veranstaltung anderer Spiele nach § 33d Abs. 1 Satz 1 GewO dient, wobei auch Erprobungsgeräte als Geld- oder Warenspielgeräte mit Gewinnmöglichkeiten gelten (§ 40 LGlüG). Nach § 41 Abs. 2 Alt. 2 Nr. 2 LGlüG ist die Erlaubnis zu versagen, wenn die Voraussetzungen nach § 42 LGlüG nicht erfüllt sind.

**7** Bei dem Geschäftsbetrieb der Antragstellerin handelt es sich unzweifelhaft um eine Spielhalle, die einer Erlaubnis nach § 41 LGlüG bedarf und eine solche weder besitzt noch – auch in Form einer Erlaubnis nach § 33i GewO – besessen hatte. Gegen den Erlaubnisvorbehalt bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken (StGH Bad.Württ., Urteil vom 17. Juni 2014 – 15/13 – juris Rn. 351 ff.; VGH Bad.-Württ., Urteil vom 25. April 2017 – 6 S 1765/15 – juris Rn. 25 m. w. N.; vgl. Manssen, in: Huber/Voßkuhle, GG, 8. Aufl. 2024, Art. 12 Rn. 161; kritisch jedoch Schneider, NVwZ 2017, 1073 ff.).

**8** Alleine aus dem Umstand, dass das Genehmigungsverfahren, wie hier, noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, folgt kein Duldungsanspruch; dem Landesglückspielgesetz lässt sich ein solcher Duldungsanspruch nämlich nicht entnehmen. Ein solcher folgt auch nicht aus höherrangigem Recht. Denn ein Anspruch auf vorläufige Duldung des Betriebs kommt vorliegend weder aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes noch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit in Betracht (vgl. zur vorläufigen Duldung von Spielhallen: OVG NRW, Beschluss vom 30. Juni 2022 – 4 B 1864/21 – juris Rn. 50 ff.).

**9 a)** Es besteht kein Anspruch auf Erteilung einer Duldung aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes oder zur Wahrung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Denn das Erlaubnisverfahren ist noch nicht bestandskräftig abgeschlossen. Dabei ist es mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, den Betrieb einer Spielhalle auf gesetzlicher Grundlage einem Erlaubnisvorbehalt zu unterstellen (BVerwG, Urteil vom 20. Juni 2013 – 8 C 17.12 – juris Rn. 72; OVG NRW, Beschluss vom 30. Juni 2022 – 4 B 1864/21 – juris Rn. 53 f.). Da es Zweck des Erlaubnisvorbehalts ist, zum Schutz des Geschäftsverkehrs und anderer Rechtsgüter die vorherige behördliche

Prüfung der Erlaubnisfähigkeit der beabsichtigten Gewerbetätigkeit zu sichern und die mit einer unerlaubten Tätigkeit verbundenen Gefahren abzuwehren, ist vor der Aufnahme einer erlaubnispflichtigen Gewerbetätigkeit der reguläre Abschluss des Erlaubnisverfahrens abzuwarten. Angesichts dessen kann eine Duldung zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes nur ausnahmsweise geboten sein (OVG NRW, Beschluss vom 30. Juni 2022 – 4 B 1864/21 – juris Rn. 53 ff.; VG Bremen, Beschluss vom 14. Dezember 2022 – 5 V 1894/22 – juris Rn. 34).

**10** Für bestehende Spielhallen wurde ein Anspruch auf vorläufige Duldung in Fällen angenommen, in denen die Auswahlentscheidung zwischen zwei konkurrierenden (Bestands-)Spielhallen rechtswidrig und offen gewesen ist, wie eine erneute Auswahlentscheidung ausfällt (VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 25. November 2021 – 6 S 2239/21 – juris Rn. 37; OVG NRW, Beschluss vom 26. September 2019 – 4 B 256/18 – juris Rn. 74). Eine solche Fallkonstellation liegt hier aber nicht vor. Zwar hat die Kammer mit Urteil vom 15. April 2024 – 4 K 1044/22 – die ursprünglich vorgenommene Auswahlentscheidung als rechtswidrig erachtet und die Antragsgegnerin dazu verpflichtet, ein erneutes Auswahlverfahren durchzuführen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass mit den Erlaubnisverfahren auch die präventive Prüfung der Voraussetzungen zur Gefahrenabwehr verbunden ist. Der Antragstellerin ist es vor diesem Hintergrund zuzumuten, den Abschluss des erneuten Auswahlverfahrens abzuwarten, zumal sie keine Bestandsspielhalle betreibt, sondern es sich bei ihr um eine neue Marktteilnehmerin handelt.

**11** Dabei verkennt die Kammer nicht, dass der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg einen Anspruch aus Art. 19 Abs. 4 GG in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG und § 41 LGlüG auf Anspruch einer verfahrenssichernden aktiven Duldung anerkennt, soweit der Ausgang der Auswahlentscheidung offen ist (vgl. VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 25. November 2021 – 6 S 2239/21 – juris Rn. 43). Jedoch kann dies nur für den Fall gelten, dass die Spielhalle bereits zuvor betrieben wurde (OVG NRW, Beschluss vom 24. März 2022 – 4 B 1520/21 – juris Rn. 23: „Konkurrenz zwischen bisher rechtmäßig betriebenen Spielhallen“ unter Verweis auf VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 25. November 2021 – 6 S 2239/21 – juris Rn. 43; vgl. zudem OVG NRW, Beschluss vom 18. Juli 2018 – 4 B 179/18 – juris Rn. 40 ff.; vgl. VG Karlsruhe, Beschluss vom 1. Oktober 2021 – 1 K 2308/21 – juris Rn. 63; vgl. hinsichtlich Wettvermittlungsstellen OVG NRW, Beschluss vom 30. Juni 2022 – 4 B 1864/21 – SpuRt 2022, 396 ).

**12** Dieser Grundsatz lässt sich nicht auf den Fall einer bislang noch nicht betriebenen Spielhalle übertragen. Denn mit Blick auf das Recht der Spielhallenbetreiber aus Art. 12 Abs. 1 GG ist die Besonderheit zu berücksichtigen, dass hier nicht die Fortführung einer bisher rechtmäßigen und faktisch auch tatsächlich betriebenen Spielhalle begehrt wird, sondern eine Duldung zum erstmaligen Betrieb der Spielhalle (und damit zur „Betriebsaufnahme“).

**13** Im Unterschied zum Weiterbetrieb einer bereits betriebenen Spielhalle ist die Antragstellerin bislang nicht Inhaberin einer Genehmigung. Vor diesem Hintergrund hat sie kein

schützenswertes Vertrauen auf den „Weiterbetrieb“ der Spielhalle. Eine aktive Duldung würde daher nicht eine zumindest in der Vergangenheit bestandene Genehmigung „verlängern“ (zur fehlenden Legalisation und zur Wirkung einer aktiven Duldung vgl. OVG NRW, Beschluss vom 30. Juni 2022 – 4 B 1864/21 – SpuRt 2022, 396 <399>; vgl. auch Sommer, JA 2017, 567 <567>), sondern die Tätigkeit erstmals erlauben. Ein Anspruch auf Erteilung einer Duldung aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes und zur Wahrung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG besteht aber nicht bereits deshalb, weil das Erlaubnisverfahren noch nicht bestandskräftig abgeschlossen ist. Da der Zweck des Erlaubnisvorbehalts gerade ist, zum Schutz des Geschäftsverkehrs und anderer Rechtsgüter die vorherige behördliche Prüfung der Erlaubnisfähigkeit der beabsichtigten Gewerbetätigkeit zu sichern und damit die mit einer unerlaubten Tätigkeit verbundenen Gefahren abzuwehren, ist vor der Aufnahme einer erlaubnispflichtigen Gewerbetätigkeit der reguläre Abschluss des Erlaubnisverfahrens abzuwarten. Insoweit besteht beim Fehlen einer „Vorgenehmigung“ im Vergleich zu in der Vergangenheit bereits genehmigten Spielhallen der beachtliche Unterschied, dass das bestehende präventive Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zu keinem Zeitpunkt durch eine Genehmigung aufgehoben wurde. Es besteht daher kein Grund, von dem allgemeinen gewerberechtlichen Grundsatz, dass vor Aufnahme einer erlaubnispflichtigen Gewerbetätigkeit der reguläre Abschluss des Erlaubnisverfahrens abzuwarten ist, abzuweichen.

**14** Ein Anspruch ergibt sich auch nicht aus dem Recht auf chancengleichen Zugang zwischen Spielhallenbetreibern aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG. Dieses Recht erstreckt sich nämlich nicht auf die Erteilung einer aktiven Duldung des Betriebs vor Erlaubniserteilung, sondern allein auf die Erteilung der Spielhallenerlaubnis nach dem LGlüG selbst (vgl. VerfGH Bad.-Württ., Urteil vom 2. März 2023 – 1 VB 98/19 – juris Rn. 135).

**15 b)** Auch eine vorläufige Duldung der Spielhalle aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kommt nicht in Betracht.

**16** Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit kann sich eine Pflicht ergeben, eine ohne Erlaubnis und damit formell illegal betriebene Spielhalle bis zu einer Entscheidung über den Erlaubnisantrag zu dulden. Dies ist aber nur dann anzunehmen, wenn die formell illegale Tätigkeit die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt und dies offensichtlich, d. h. ohne weitere Prüfung, erkennbar ist, sodass auch eine Untersagungsverfügung der Tätigkeit zur Gefahrenabwehr nicht erforderlich wäre (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Mai 2013 – 8 C 14.12 – juris Rn. 52; OVG NRW, Beschluss vom 30. Juni 2022 – 4 B 1864/21 – juris Rn. 63).

**17** Dies ist aber vorliegend schon deswegen nicht gegeben, da die geplante Spielhalle der Antragstellerin zu weiteren Spielhallen in Abstandskonkurrenz nach § 42 Abs. 1 LGlüG steht. Die von der Behörde zwischen mehreren Betreibern von Spielhallen, die zueinander das

Mindestabstandsgebot nicht einhalten, zu treffende Auswahlentscheidung ist eine Ermessensentscheidung, die nach Maßgabe des § 114 Satz 1 VwGO der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle nur daraufhin unterliegt, ob die Behörde die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 25. November 2021 – 6 S 2239/21 – juris Rn. 38; OVG NRW, Beschluss vom 10. März 2020 – 4 B 362/19 – juris Rn. 24 m. w. N.). Dabei ist insbesondere auch der Vortrag der Antragstellerin zu berücksichtigen, sie sei aufgrund der Mietrückstände existenzgefährdet. Insoweit wird die Antragsgegnerin die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und daraus folgend die gewerberechtliche Zuverlässigkeit der Antragstellerin zu prüfen haben (vgl. Brüning, in: BeckOK GewO, 61. Ed., Stand: 1. März 2024, § 35 GewO Rn. 23a). Daraus folgt, dass die Antragstellerin zum aktuellen maßgeblichen Zeitpunkt jedenfalls nicht offensichtlich die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen erfüllt. Die Bewertung bleibt insoweit dem Erlaubnisverfahren vorbehalten, welches insoweit als offen einzustufen ist und jedenfalls keine offensichtliche Bevorzugung der Antragstellerin rechtfertigt.

**18** 2. Ob es sich bei der mit dem Eilantrag begehrten Duldung im Falle einer zusprechenden Entscheidung um eine Vorwegnahme der Hauptsache handelt (verneinend: OVG NRW, Beschluss vom 16. August 2023 – 4 B 959/22 – GewArchiv 2024, 28 <31 Rn. 29>; VGH Bad.-Württ., Beschluss vom 29. Juni 2023 – 6 S 416/23 – juris Rn. 6 m. w. N.; OVG NRW, Beschluss vom 26. September 2019 – 4 B 244/18 – juris Rn. 7) und ob diese gegebenenfalls im Hinblick auf die Gewährung effektiven Rechtsschutzes geboten wäre, muss vorliegend nicht entschieden werden.

## II.

**19** Mit der Ablehnung des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung erledigt sich der Antrag auf Erlass eines sogenannten „Hängebeschlusses“.

## III.

**20** Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO. Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 63 Abs. 2 Satz 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1 und § 52 Abs. 1 GKG. Dabei zieht die Kammer in Orientierung an Nr. 54.1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 (im Folgenden: Streitwertkatalog) den erwarteten Jahresgewinn als Grundlage der Streitwertfestsetzung heran. Bei der Festsetzung lässt sich die Kammer zugleich von Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs (abgedruckt bei Schoch/Schneider, VwGO, 45. EL Januar 2024, § 163) leiten, wonach die vorgetragene Gewinnerwartung pro Geschäftsjahr in Höhe von 100.000,00 EUR im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes zu halbieren ist.