

## **Verwaltungsgericht Darmstadt, Beschluss vom 19. Juli 2017, Az. 3 L 3472/17.DA**

### **Tenor**

Die Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Anordnung verpflichtet, den Betrieb der Spielhalle des Antragstellers in Y.-Stadt, Z.-Straße , bis zur Entscheidung über den Widerspruch gegen den Ablehnungsbescheid vom 30.06.2017 zu dulden.

Im Übrigen wird der Eilantrag abgelehnt.

Die Kosten des Verfahrens werden gegeneinander aufgehoben.

Der Streitwert wird auf 7.500 EUR festgesetzt.

### **Gründe**

1

Der Antrag,

2

die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO zur Duldung des Weiterbetriebs der Spielhalle in der Z.-Straße in Y.-Stadt, über den 30. Juni 2017 hinaus bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Antrag auf Erteilung der spielhallenrechtlichen Erlaubnis des Antragstellers vom 19.06.2017 zu verpflichten,

3

ist zulässig, aber nur teilweise begründet.

4

Nach § 123 Abs. 1 S. 1 VwGO kann das Gericht auf Antrag auch schon vor Klageerhebung eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Die tatsächlichen Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs und der Grund für die notwendige vorläufige Sicherung sind glaubhaft zu machen (§ 920 Abs. 2 ZPO i. V. m. § 123 Abs. 3 VwGO). Die Vorschriften des § 123 Abs. 1 gelten nicht für die Fälle der §§ 80 und 80a VwGO (§ 123 Abs. 5 VwGO).

5

Sein Begehren, die Spielhalle vorläufig weiterführen zu dürfen, kann der Antragsteller nicht mit dem nachträglich gestellten Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen die Ablehnungsentscheidung erreichen, was einen Eilantrag nach § 123 Abs. 1 VwGO ausschließen würde (§ 123 Abs. 5 VwGO). Denn die Antragsgegnerin hat zwar in Ziffer 3 ihres Bescheides vom 30.06.2017 dessen sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse angeordnet. Diese Anordnung geht jedoch ins Leere, da der Antragsteller sich schon von Gesetzes wegen nach Ablauf der Übergangsfrist aus § 15 Abs. 1 Satz 3 HSpielHG, § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV nicht mehr auf die frühere Erlaubnis nach § 33 i GWO berufen kann. Auch durch die Suspendierung der Ablehnung verfügt er also nicht über eine Erlaubnis, die ihn zur Fortführung seines Betriebes berechtigen würde, sondern dieses Ziel ist ausschließlich - analog zu einer in der Hauptsache zu erhebenden Verpflichtungsklage - durch eine einstweilige Anordnung nach § 123 Abs. 1 VwGO erreichbar.

6

Der Antragsteller hat einen Anordnungsgrund und teilweise auch einen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.

7

Ein Anordnungsgrund und damit die Eilbedürftigkeit besteht, denn mit dem Ablauf der Übergangsfrist und der Ablehnung der beantragten Erlaubnis gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 HSpielHG für die Spielhalle in Y.-Stadt am 30.06.2017 ist die Fortführung des Spielbetriebs ab dem 01.07.2017 als unerlaubtes Glücksspiel einzustufen und mithin verboten. Dies folgt aus § 9 Abs. 1 S. 4 HSpielHG, der nach Inkrafttreten des Ersten Änderungsvertrages zum Glücksspielstaatsvertrag am 01.07.2012 und zugleich des Hessischen Spielhallengesetzes am 30.06.2012 mit Ablauf der fünfjährigen Übergangsregelung für Bestandsspielhallen auch für die Spielhalle des Antragstellers gilt. Dem Antragsteller droht somit die Sanktionierung im Rahmen eines Ordnungswidrigkeitsverfahrens gemäß § 12 HSpielHG und letztlich die Schließungsverfügung für die Spielhalle, wie im Bescheid der Antragsgegnerin vom 30.06.2017 bereits angedroht. Zwar hat die Antragsgegnerin zugesagt, den Betrieb der Spielhalle vorerst zu dulden, allerdings nur bis zu einer Entscheidung im hiesigen Eilverfahren, sodass der Antragsteller die obengenannten Rechtsfolgen danach nur durch die begehrte einstweilige Anordnung abwenden kann.

8

Jedenfalls bis zur Entscheidung über den am 06.07.2017 eingelegten Widerspruch gegen die Ablehnung der Erlaubnis besteht auch ein Anordnungsanspruch, denn die Antragsgegnerin hat bei ihrer Entscheidung, welche Spielhalle(n) sie Y.-Stadt weiterhin genehmigt, in sich widersprüchliche Kriterien zugrunde gelegt.

9

Zwar hat der Antragsteller nicht ohne weiteres einen Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 HSpielhG für seine Spielhalle, denn die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür liegen wegen des Verstoßes gegen das Mindestabstandserfordernis nach § 2 Abs. 2 HSpielhG nicht vor. In weniger als 300 m Entfernung befindet sich eine weitere, von der Antragsgegnerin inzwischen genehmigte Spielhalle eines anderen Betreibers, so dass diejenige des Antragstellers nicht gleichzeitig weitergeführt werden kann, ohne dass nach § 2 Abs. 3 HSpielhG eine Abweichung von dem Abstandsgebot zugelassen würde. Eine solche Abweichung hat der Antragsteller zwar mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 19.06.2017 beantragt. Die Antragsgegnerin hat sich damit jedoch nicht ausdrücklich beschäftigt und allenfalls inzident mit dem Bescheid vom 30.06.2017 eine Abweichung abgelehnt, indem sie auf ihr Wägungsschema zur Auswahl zwischen möglichen Betreibern innerhalb des Mindestabstandes verwiesen hat.

10

Ebenso wenig hat sie die gleichfalls beantragte Befreiung nach § 15 Abs. 1 Satz 3 HSpielhG zur Vermeidung unbilliger Härten geprüft, obwohl auch auf diesem Wege bei Vorliegen der entsprechenden Tatbestandsmerkmale ein Unterschreiten des Mindestabstandes aus § 2 Abs. 2 HSpielhG denkbar wäre.

11

Damit hat die Antragsgegnerin es unterlassen, im Rahmen der vom Antragsteller beantragten Erlaubnis etwaige Ausnahmemöglichkeiten zu prüfen, obwohl sie dafür gemäß § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 HSpielhG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 4 GewZustV, § 2 Abs. 3 SpielhG sachlich zuständig ist.

12

Erst im gerichtlichen Eilverfahren sind von der Bevollmächtigten der Antragsgegnerin einige dahingehende Erwägungen nachgeschoben worden.

13

Dies mag zwar grundsätzlich nach § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 VwVfG zulässig sein, wenn es nur darum geht, eine fehlende Begründung nachzuholen. In der Ablehnung der Erlaubnis durch die Antragsgegnerin sind jedoch derartige Entscheidungen gar nicht enthalten, denn die entsprechenden Anträge des Antragstellers werden in dem Ablehnungsbescheid vom 30.06.2017 mit keinem Wort erwähnt.

14

Unabhängig davon hat die Antragsgegnerin ihre eigenen Kriterien nicht stringent angewandt.

15

Denn sie hat mit zwei Bescheiden vom 30.06.2017 gegenüber dem Konkurrenten des Antragstellers, der in einem Gebäude in der X.-Straße zwei Spielhallen betreibt, für beide Spielhallen (Erdgeschoss und Kellergeschoss) eine befristete Erlaubnis für 10 Jahre, nämlich bis zum 28.06.2027 erteilt. Dabei hat sie die beiden Spielhallen im Vergleich mit derjenigen des Antragstellers nach dem vom Magistrat verabschiedeten Wägungsschema so behandelt als würde es sich um eine einzige Spielhalle in zulässiger Ausstattung (bis zu 12 Spielgeräte) handeln, und nur deshalb war es möglich, bei der Punktevergabe diese Spielhalle(n) nach dem in sich durchaus nachvollziehbaren Kriterienkatalog gegenüber dem Antragsteller zu bevorzugen. Doch selbst wenn bei dem Betrieb dieser Spielhallen keinerlei Nachlässigkeiten vorgekommen sein sollten und damit im Verhältnis zum Antragsteller zu Recht mehr Punkte vergeben wurden, so blendet die Abwägung der Antragsgegnerin doch völlig aus, dass es sich um zwei Spielhallen handelt, die schon untereinander sowohl den Mindestabstand unterschreiten als auch gegen das Verbundverbot aus § 2 Abs. 1 HSpG verstoßen. Weshalb für diese Spielhallen jedoch Ausnahmen vom Mindestabstand und sogar vom Verbundverbot zulässig sein sollen, während der Antragsteller unter Hinweis auf die Unterschreitung des Mindestabstandes und seine geringere Punktzahl nach dem Wägungsschema keine Genehmigung erhalten hat, erläutert die Antragsgegnerin nirgendwo. Damit wird sie ihrer Aufgabe als Genehmigungsbehörde nicht gerecht und verstößt sowohl gegen die Vorgaben des Hessischen Spielhallengesetzes bzw. des Glücksspielstaatsvertrages als auch gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz.

16

Allerdings bedeutet diese fehlerhafte Handhabung nicht zwangsläufig, dass nunmehr auch der Antragsteller eine Erlaubnis erhalten muss. Denn inwieweit sie überhaupt Abweichungen vom Mindestabstand oder gar vom Verbundverbot zulassen will, wird die Antragsgegnerin nunmehr erneut unter Heranziehung gleichartiger Maßstäbe für alle Betreiber zu prüfen haben, was innerhalb des ohnehin anhängigen Widerspruchsverfahrens geschehen kann. Da der Antragsteller auch gegenüber den Erlaubnissen für den Konkurrenten vorsorglich (Dritt)Widerspruch eingelegt hat, dürften auch diese Erlaubnisse noch nicht bestandskräftig, sondern einer Überprüfung im Widerspruchsverfahren zugänglich sein.

17

Bei dieser Überprüfung darf die Antragsgegnerin nach Einschätzung des Gerichts davon ausgehen, dass sowohl die Notwendigkeit, überhaupt eine neue Erlaubnis nach dem HSpG einholen zu müssen, als auch die genannten Anforderungen an diese Erlaubnis - insbesondere das Mindestabstandsgebot und das Verbundverbot - entgegen der Auffassung des Antragstellers verfassungsgemäß sind.

18

Sowohl in formeller Hinsicht (Gesetzgebungskompetenz) als auch in materieller Hinsicht (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 14 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG) stehen die Vorgaben des HSpiegelG mit dem Grundgesetz in Einklang. Dies hat das Bundesverfassungsgericht jüngst unter anderem bezüglich der Übergangsfristen, für das Verbot des Verbundes mehrerer Spielhallen an einem Standort und für das Abstandsgebot im Glücksspielstaatsvertrag sowie in den entsprechenden Gesetze der Länder Berlin, Bayern und des Saarlandes entschieden (BVerfG, Beschl. v. 07.03.2017 - 1 BvR 1314/12 -, juris), und es besteht kein Anlass, dies für das insoweit inhaltsgleiche hessische Recht anders zu beurteilen. Insoweit folgt die Kammer den Erwägungen des BVerfG, das dazu ausgeführt hat (Rn.188 f, 199, 258 f.):

19

"Die Bestimmungen sind mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem in Art. 12 GG enthaltenen Grundsatzes des Vertrauensschutzes vereinbar.... [Dieser Grundsatz] verleiht weder im Hinblick auf die vorherige Rechtslage noch im Hinblick auf die vorhandenen Betriebserlaubnisse gemäß § 33i GewO ein uneingeschränktes Recht auf Amortisierung getätigter Investitionen. [...] Weder der Gesetzgeber noch die zuständigen Behörden haben die Spielhallenbetreiber zu bestimmten Dispositionen veranlasst, diese erfolgten vielmehr auf eigenes unternehmerisches Risiko. [...] Die Schutzwürdigkeit des Vertrauens in den Fortbestand der gesetzlichen Regelung und der erteilten Erlaubnisse nach § 33i GewO war spätestens mit dem Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz [vom 28. Oktober 2011] beseitigt oder zumindest erheblich herabgesetzt.

20

Der mit Verbundverbot und Abstandsgeboten verfolgte Hauptzweck der Bekämpfung und Verhinderung von Glücksspielsucht wiegt besonders schwer, da es sich um ein besonders wichtiges Gemeinwohlziel handelt [...] Aufgrund der Einschätzung der Suchtwissenschaft und -beratungspraxis, wonach die Reduzierung der Verfügbarkeit von Spielmöglichkeiten eine besonders wirksame Maßnahme zur Verhinderung und Bekämpfung von Glücksspielsucht ist [...], durften die Gesetzgeber davon ausgehen, dass gerade die mit dem Verbundverbot und den Abstandsgeboten einhergehende Angebotsreduzierung einen gewichtigen Beitrag zur Erreichung der verfolgten Ziele leisten wird. [...]

21

Insgesamt stehen damit die Belastungen nicht außer Verhältnis zum Nutzen der Neuregelungen [...]. Das wegen der schweren Folgen der Spielsucht und des erheblichen Suchtpotentials des gewerblichen Automatenspiels hohe Gewicht der Spielsuchtprävention und des Spielerschutzes überwiegt gegenüber dem wirtschaftlichen Interesse der Spielhallenbetreiber, von der Verpflichtung zur Einhaltung der neuen Erlaubnisanforderungen verschont zu bleiben. Danach ist auch

eine deutliche Begrenzung der Einnahmemöglichkeiten durch den Betrieb von Spielhallen zugunsten der konsequenten Verfolgung des überragend wichtigen Gemeinwohlziels der Suchtprävention und -bekämpfung hinzunehmen."

22

Der Antragsteller bzw. sein Mitbewerber dürften auch - jenseits des Gleichbehandlungsgebotes - keinen Anspruch darauf haben, dass zu ihren Gunsten von dem Verbundverbot oder dem Mindestabstandsgebot abgewichen wird.

23

Zwar kann gemäß § 2 Abs. 3 HSpielhG unter Berücksichtigung der Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standorts im Einzelfall von den Anforderungen in Abs. 1 und 2 abgewichen werden. Für die entscheidende Kammer stellt sich allerdings bereits die Frage, ob angesichts des eindeutigen Wortlauts von § 25 Abs. 2 GlüStV überhaupt von dem Verbot des baulichen Verbundes von Spielhallen nach § 2 Abs. 3 HSpielhG abgewichen werden darf. Nach § 25 Abs. 2 GlüStV ist die Erteilung einer Erlaubnis für eine Spielhalle, die in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen steht, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht sind, ausgeschlossen. Anders als § 25 Abs. 1 GlüStV, in dem der Mindestabstand geregelt ist, eröffnet Abs. 2 keine Möglichkeit, das Nähere in Ausführungsbestimmungen der Länder zu regeln. Diese Delegation von Regelungskompetenz auf die Länder beschränkt sich ausschließlich auf das Mindestabstandsgebot, nicht jedoch auf die Möglichkeit, auch vom Verbot des baulichen Verbundes abzuweichen. Der eindeutige Wortlaut des § 25 Abs. 2 GlüStV steht auch der Auffassung entgegen, die davon ausgeht, dass die Öffnungsklausel für die Länder in § 25 Abs. 1 S. 2 GlüStV zum Abstandsgebot sich wegen des unmittelbaren Sachzusammenhangs der beiden Vorschriften auch auf § 25 Abs. 2 GlüStV beziehen müsse (siehe dazu die "Vollzugshinweise zum Hessischen Spielhallengesetz" des Hessischen Wirtschaftsministeriums, Ziff. 2.3.).

24

Eine generelle Öffnungsklausel bezüglich des Verbundverbots an anderer Stelle im GlüStV ist ebenfalls nicht ersichtlich. Insbesondere ergibt sie sich nicht aus der Härtefallklausel des § 29 Abs. 4 Satz 4 und 5 GlüStV, die es den Ländern erlaubt, nach Ablauf der Übergangszeit eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen des § 24 Abs. 2 sowie § 25 GlüStV für einen angemessenen Zeitraum zuzulassen, wenn dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist. Damit ist jedoch nicht ein generelles Absehen vom Verbundverbot, sondern nur die Berücksichtigung von besonderen Umständen des Einzelfalls zur Vermeidung unbilliger Härten zugelassen, was § 15 Abs. 1 Satz 3 HSpielhG aufgreift.

25

Daher spricht vieles dafür, dass § 25 Abs. 2 GlüStV gerade nicht die Möglichkeit der anderweitigen Regelung durch die Länder eröffnet (so auch VG Frankfurt, Urteil v. 26.03.2015 - 10 K 2362/13.F, juris). Diese Auslegung des § 25 Abs. 2 GlüStV wird bestätigt durch den aktuellen Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Spielhallengesetzes vom 19.06.2017 (Drucksache 19/5016), in dem nunmehr vorgesehen ist, die Möglichkeit des Abweichens vom Verbundverbot unter Hinweis auf den GlüStV zu streichen.

26

Zudem setzt eine Abweichung sowohl beim Verbundverbot als auch beim Mindestabstandsgebot gemäß § 2 Abs. 3 HSpiehlhG in jedem Fall besondere Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes voraus, wozu dem Gericht derzeit nichts Hinreichendes bekannt ist. Erst wenn diese Verhältnisse vorliegen, wäre überhaupt das Ermessen der Genehmigungsbehörde eröffnet, aber noch nicht automatisch im Sinne der Betreiber auf null reduziert. Letztendlich kann die Klärung dieser Fragen aber dahinstehen, da sich die Antragsgegnerin mit ihrer bisherigen Strategie ohnehin im Widerspruchsverfahren erneut auseinandersetzen und die örtlichen Gegebenheiten näher beleuchten muss.

27

Der in der Antragschrift unter Ziffer 2 gestellte Antrag

28

für den Fall, dass das Gericht eine Entscheidung über den Antrag Ziffer 1 bis zum 30.06.2017 nicht trifft, die Antragsgegnerin im Wege eines Hängebeschlusses zur Duldung des Weiterbetriebs der Spielhalle über den 30.06.2017 hinaus bis zum Abschluss des vorläufigen Rechtsschutzverfahrens zu verpflichten,

29

hat sich erübrigt, nachdem die Antragsgegnerin auf Bitte des Gerichts zugesagt hat, den Betrieb der Spielhalle bis zu einer Entscheidung über den Eilantrag zu dulden.

30

Der in Ziffer 3 gestellte Antrag,

31

der Antragsgegnerin, für den Fall, dass sie den in der einstweiligen Anordnung auferlegten Verpflichtungen nicht nachkommt, unter Fristsetzung ein Zwangsgeld bis

zehntausend Euro anzudrohen, dieses nach fruchtlosem Fristablauf festzusetzen und es von Amts wegen zu vollstrecken,

32

ist derzeit mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Die Antragsgegnerin ist gemäß Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden, sodass grundsätzlich davon auszugehen ist, dass sie eine einstweilige Anordnung des Gerichts befolgt. Es wurde auch nicht vorgetragen und ist aus dem bisherigen außergerichtlichen Schriftwechsel zwischen den Beteiligten ebenso wenig ersichtlich, dass Hinweise auf eine sich abzeichnende Missachtung von Seiten der Antragsgegnerin vorlägen. Sollte sich dies wider Erwarten anders entwickeln, kann immer noch auf entsprechenden Antrag ein Zwangsgeld angedroht und später festgesetzt werden.

33

Für den zuletzt nachgeschobenen Antrag,

34

die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs gegen den Ablehnungsbescheid wiederherzustellen,

35

besteht schließlich kein Rechtsschutzbedürfnis. Denn selbst wenn dem Antrag stattgegeben würde, verändert sich dadurch die Rechtsstellung des Antragstellers in Bezug auf die fehlende Erlaubnis nicht, da die Suspendierung der Ablehnung nicht einem Erlaubnistatbestand gleichkommt. Insoweit stellt sich eher die Frage, weshalb die Antragsgegnerin es überhaupt für nötig erachtet hat, die sofortige Vollziehung anzuordnen.

36

Die Kostenentscheidung beruht auf § 155 Abs. 1 VwGO.

37

Der Streitwert wird gemäß §§ 53 Abs. 2, 52 Abs. 1 GKG festgesetzt und orientiert sich an Ziffer 54.1. des Streitwertkataloges für die Verwaltungsgerichtsbarkeit. Der danach im Hauptsacheverfahren festzusetzende Betrag von (mindestens) 15.000 € wird wegen der Vorläufigkeit der Entscheidung im Eilverfahren halbiert.