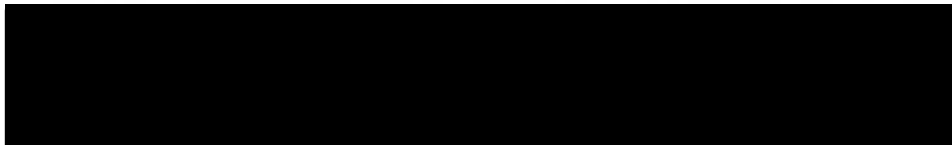
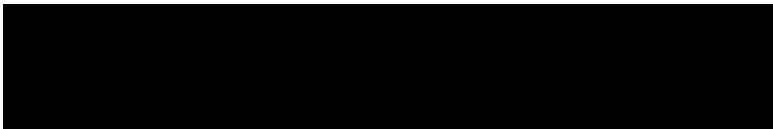




# VERWALTUNGSGERICHTSHOF BADEN-WÜRTTEMBERG

## B e s c h l u s s

In der Verwaltungsrechtssache



- Klägerin -  
- Antragstellerin -

7-12

gegen

Stadt Heidelberg - Rechtsamt -,  
vertreten durch den Oberbürgermeister,  
Kornmarkt 1, 69117 Heidelberg, Az: 15.3 Vö

- Beklagte -  
- Antragsgegnerin -

wegen Befristung von Spielhallenerlaubnissen  
hier: Antrag auf Zulassung der Berufung

hat der 6. Senat des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg durch die  
Vorsitzende Richterin am Verwaltungsgerichtshof Dr. Kirchhof, den Richter  
am Verwaltungsgerichtshof Vogel und den Richter am Verwaltungsgerichtshof  
Dr. Walz

am 28. April 2016

beschlossen:

Der Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 18. November 2015 - 4 K 158/13 - wird abgelehnt.

Die Klägerin trägt die Kosten des Berufungszulassungsverfahrens.

Der Streitwert für das Berufungszulassungsverfahren wird auf 347.730,-- EUR festgesetzt.

### **Gründe**

Der zulässige Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung hat keinen Erfolg. Die sämtlich in Anspruch genommenen Zulassungsgründe des § 124 Abs. 2 VwGO rechtfertigen aus den mit dem Antrag angeführten Gründen (§ 124a Abs. 4 Satz 4 VwGO) die Zulassung der Berufung nicht.

I. Das Verwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass das Rechtsschutzbedürfnis für die Anfechtungsklage der Klägerin, mit der sie sich gegen die Befristung ihr erteilter Spielhallenerlaubnisse nach § 33i GewO wendet, entfallen ist, weil selbst bei Wegfall der Befristung seit 01.07.2013 Erlaubnisse nach § 41 LGLüG erforderlich seien, die Klägerin mithin ihr Rechtsschutzziel, ihre Spielhallen betreiben zu dürfen, mit der Anfechtungsklage nicht erreichen kann.

1. Ernstliche Zweifel (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) hieran werden mit dem Antragsvorbringen nicht hervorgerufen.

Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung sind dann gegeben, wenn neben den für die Richtigkeit der Entscheidung sprechenden Umständen gewichtige, dagegen sprechende Gründe zutage treten, die Unentschiedenheit oder Unsicherheit in der Beurteilung der Rechtsfragen oder Unklarheiten in der Beurteilung der Tatsachenfragen bewirken und mithin der Erfolg des angestrebten Rechtsmittels zumindest offen ist. Dies ist bereits dann ausreichend dargelegt, wenn ein einzelner tragender Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt werden (vgl. BVerfG, Beschluss vom

23.06.2000 - 1 BvR 830/00 -, VBIBW 2000, 392; VGH Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 27.01.2004 - 9 S 1343/03 -, NVwZ-RR 2004, 416 und vom 17.03.2004 - 9 S 2492/03 -).

Die Klägerin wendet ein, die Anfechtungsklage dürfe nicht isoliert von der nach Inkrafttreten des Landesglücksspielgesetzes kumulativ erhobenen Feststellungsklage betrachtet werden, mit der sie die Feststellung begehrt, sie sei auch ohne Erlaubnis nach § 41 LGlüG berechtigt, ihre Spielhallen zu betreiben. Mit der Kombination aus Anfechtungs- und Feststellungsklage könne sie das Rechtsschutzziel des zulässigen Betriebs ihrer Spielhallen aber erreichen. Dieser Einwand greift im Ergebnis nicht durch. Ein Rechtsschutzbedürfnis für die Anfechtungsklage gegen die Befristung der auf der Grundlage von § 33i GewO erteilten Spielhallenerlaubnisse ergibt sich auf der Grundlage dieses Ansatzes nur, wenn die Feststellungsklage nicht aussichtslos ist. Da nach dem zwischenzeitlichen Erlass vorläufig vollziehbarer Betriebsuntersagungsverfügungen - anders als die Klägerin meint - aber auch das Rechtsschutzbedürfnis für die Feststellungsklage entfallen ist (siehe dazu unten II.), fehlt es mittelbar auch an einem Rechtsschutzbedürfnis für die Anfechtungsklage.

2. Damit stellte sich auch ein etwaiger, in der Nichtberücksichtigung des Feststellungsantrags bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses für die Anfechtungsklage liegender Verfahrensmangel des Verwaltungsgerichts nicht als relevant dar, so dass insoweit auch eine auf § 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO gestützte Zulassung der Berufung ausscheidet.

3. Soweit die Klägerin meint, das Verwaltungsgericht sei bei der Prüfung des Rechtsschutzbedürfnisses für die Anfechtungsklage zu Unrecht von der Wirksamkeit der §§ 41 ff. LGlüG ausgegangen, ist die Entscheidungserheblichkeit hinsichtlich der insoweit geltend gemachten Zulassungsgründe gem. § 124 Abs. 2 Nr. 2 (tatsächliche oder rechtliche Schwierigkeiten), Nr. 3 (grundsätzliche Bedeutung), Nr. 4 (Divergenz) und Nr. 5 (Verfahrensfehler in Form der Verletzung des rechtlichen Gehörs) VwGO nicht dargelegt (vgl. dazu allgemein Bader, VwGO, 5. Aufl., § 124a Rn. 82). Denn die Frage der Verfas-

sungskonformität dieser Regelungen stellte sich bei Zugrundelegung des unter I.1. beschriebenen rechtlichen Ansatzes der Klägerin nur bei Zulässigkeit der von der Klägerin erhobenen Feststellungsklage. Hieran fehlt es aber. Die Klägerin hat diese Zulassungsgründe auch nicht alternativ für den Fall geltend gemacht, dass der von ihr angegriffene rechtliche Ansatz des Verwaltungsgerichts zutreffend wäre.

4. Entgegen der Auffassung der Klägerin geht das Verwaltungsgericht nicht tragend davon aus, dass die Spielhallenerlaubnisse nach § 33i GewO unmittelbar durch das Landesglücksspielgesetz beendet wurden. Mit dem diesbezüglichen Vortrag werden deshalb keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des verwaltungsgerichtlichen Urteils im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO aufgezeigt. Damit scheidet eine darauf gestützte Zulassung der Berufung ebenso aus wie eine Zulassung der Berufung aufgrund von sich in diesem Zusammenhang möglicherweise stellender Fragen grundsätzlicher Bedeutung (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) oder wegen etwaiger tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten einer solchen Problematik (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO).

5. Weitere Gründe für das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses für die Anfechtungsklage wurden mit dem Zulassungsantrag nicht geltend gemacht. Die Klägerin verkennt im Übrigen, dass ihr verwaltungsgerichtlicher Primärrechtsschutz (vgl. dazu Staatsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 17.06.2014 - 15/13, 1 VB 15/13 -, ESVGH 65, 58) mit Blick auf die Verfassungsmäßigkeit der §§ 41 ff. LGLüG im Rahmen einer Anfechtungsklage gegen die Betriebsuntersagungsverfügungen möglich ist (und bereits möglich war, vgl. dazu Senat, Beschluss vom 13.07.2015 - 6 S 679/15 -, NVwZ-RR 2015, 737).

II. Das Verwaltungsgericht ist weiter davon ausgegangen, dass die Feststellungsklage mangels Feststellungsinteresses unzulässig sei, weil die Klägerin auch im Fall eines Obsiegens noch Anfechtungsklage gegen die zwischenzeitlich ergangenen Betriebsuntersagungsverfügungen erheben müsste, um ihre Spielhallen wieder betreiben zu können. Im Hinblick darauf begegne die Feststellungsklage auch unter dem Gesichtspunkt der Subsidiaritätsklausel

des § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO Bedenken, was aber keiner abschließenden Entscheidung bedürfe.

1. Ernstliche Zweifel im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO hieran werden mit dem Zulassungsantrag nicht dargelegt.

Entgegen der Auffassung der Klägerin hat das Verwaltungsgericht seine Entscheidung nicht tragend auf die Subsidiarität der Feststellungsklage gestützt. Schon aus diesem Grund rechtfertigen die hiergegen vorgetragenen Bedenken eine Zulassung der Berufung nicht. Sie sind im Übrigen nur im Ergebnis zutreffend. Gemäß § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO kann eine Feststellung nicht begehrt werden, soweit der Kläger sein Recht durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Die hier in Rede stehende Anfechtungsklage wäre derzeit aber infolge der noch nicht abgeschlossenen Widerspruchsverfahren gegen die Betriebsuntersagungsverfügungen noch unzulässig.

Das vom Verwaltungsgericht als allein tragend angenommene Fehlen des Feststellungsinteresses (eher: des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses) wird mit dem Zulassungsantrag nicht in Zweifel gezogen. Allein der Umstand, dass § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO die Zulässigkeit der Feststellungsklage nicht entfallen lässt, hat, anders als die Klägerin meint, nicht zur Folge, dass auch das Feststellungsinteresse bzw. das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis erhalten bleibt, wenn das eigentliche Rechtsschutzziel nur im Wege der Anfechtungsklage zu erreichen ist, wenn also während der Anhängigkeit der Feststellungsklage nicht nur die Möglichkeit entsteht, nachträglich ergangene behördliche Anordnungen anzufechten, sondern sich durch den Erlass eines Bescheids wie hier die Notwendigkeit einer Anfechtungsklage ergibt (Redeker/von Oertzen, VwGO, 16. Aufl., § 43 Rdnr. 27; von Albedyll, in: Bader u.a., VwGO, 5. Aufl., § 43 Rdnr. 36).

Auf die von der Klägerin (auch) in diesem Zusammenhang aufgeworfene Frage, ob eine einmal erhobene Feststellungsklage zulässig bleibt, wenn die

Möglichkeit einer Anfechtungsklage nachträglich entsteht, kommt es deshalb nicht entscheidungserheblich an.

2. Auch eine Zulassung der Berufung wegen Divergenz nach § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO scheidet aus. Mit dem Antrag werden bereits keine divergierenden Rechtssätze herausgearbeitet und gegenübergestellt, was erforderlich wäre (vgl. BVerwG, Beschluss vom 19.08.1997, NJW 1997, 3328; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.03.2007 - 9 S 2107/06 -, juris). Im Übrigen enthält das von der Klägerin angeführte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.03.1988 (- 1 C 69.86 -, BVerwGE 79, 130) Ausführungen zu § 43 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Auf diese Voraussetzungen ist das Urteil des Verwaltungsgerichts aber nicht tragend gestützt. Dies gilt der Sache nach auch für das weiter angeführte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.09.1992 (- 7 C 21.90 -, BVerwGE 90, 112). Auch aus diesem Grund scheidet eine Zulassung der Berufung wegen Divergenz aus (vgl. BVerwG, Beschluss vom 19.08.1997, a.a.O.; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.03.2007, a.a.O.).

3. Mit dem Zulassungsantrag wird auch die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO nicht dargelegt. Die von der Klägerin aufgeworfene Frage, ob die nachträglich eröffnete Möglichkeit, behördliche Anordnungen zur Untersagung einer grundrechtlich geschützten Tätigkeit anzufechten, eine zulässigerweise erhobene Feststellungsklage unzulässig macht, hat mangels Entscheidungserheblichkeit (siehe dazu unter II.1.) keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO.

4. Weitere Gründe für das Vorliegen eines Rechtsschutzbedürfnisses für die Feststellungsklage wurden mit dem Zulassungsantrag nicht geltend gemacht.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus §§ 47 Abs. 1 und 3, 52 Abs. 1 GKG.

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

Dr. Kirchhof

Vogel

Dr. Walz

Beglaubigt:

Keller  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and curves, is positioned to the right of the text 'Beglaubigt:' and partially overlaps the name 'Keller'.

