

OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 26.09.2018 - OVG 1 S 41.18

Später hinzutretende Schulstandorte können Härtefall für Bestandsspielhalle begründen

(VG Berlin, 19.4.2018 -4L 40.18)

GewO § 33 i; MindAbstUmsG Bln § 2, § 5, § 9

1. Schulstandorte, die nach Aufnahme eines nach § 33 i Abs 1 Satz 1 GewO erlaubten Spielhallenbetriebs und nach Inkrafttreten des Spielhallengesetzes Berlin am 2. Juni 2011, jedoch vor Ablauf des in § 5 Abs. 3 MindAbstUmsG Bln bestimmten Zeitpunkts (5. Juli 2016) in räumlicher Nähe zu einer Spielhalle (200 m) hinzutreten, können einen Härtefall begründen, der eine Befreiung von dem Abstandsgebot zu Schulen gemäß § 2 Abs. 2 Satz 4 SpielhG Bln iVm § 5 MindAbstUmsG Bln ermöglicht, wenn die Voraussetzungen von § 9 Satz 3 bis 6 MindAbstUmsG Bln erfüllt sind.

2. Zur Versagung einer (neuen) Spielhallenerlaubnis wegen Unterschreitung des Mindestabstands zu einer Schule, die erst nach Genehmigung des Spielhallenbetriebs und nach Inkrafttreten des Spielhallengesetzes Berlin die notwendige Qualifizierung nach § 5 Abs 1 MindAbstUmsG Bln erlangt hat.

(Amtl. Ls.)

Aus den Gründen:

Die Beschwerde hat keinen Erfolg.

I.

Die Antragstellerin betreibt seit Mai 2011 in Berlin-Mitte eine Spielhalle, für die sie eine Erlaubnis nach § 33 i Abs. 1 Gewerbeordnung (GewO) hatte. Im Jahr 2012 wurde eine in der Nähe gelegene Schule als Berufsfachschule und Fachschule anerkannt. Am 27. Juni 2016 beantragte die Antragstellerin nach dem im Gesetz zur Umsetzung des Mindestabstands nach dem Spielhallengesetz Berlin für Bestandsunternehmen (MindAbstUmsG Bin) vom 22. März 2016 (GVB1.117) vorgesehenen Sonderverfahren eine (neue) Erlaubnis nach § 2 Abs. 1 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Spielhallen im Land Berlin (Spielhallengesetz Berlin - SpielhG Bln) vom 20. Mai 2011 (GVB1. 223) sowie eine glücksspielrechtliche Erlaubnis nach § 24 Abs. 1 des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen (GlüStV). Diese Anträge lehnte der Antragsgegner mit Versagungsbescheid vom 1. Februar 2017 ab (Ziff. 1), untersagte zu-

gleich die Fortsetzung des Spielhallenbetriebs mit Ablauf des sechsten Monats nach Zustellung des Bescheids und forderte die Antragstellerin auf, den Betrieb unverzüglich danach einzustellen sowie gewerberechtlich abzumelden (Ziff. 2); zudem wurde ein Zwangsgeld in Höhe von 20.000 Euro angedroht (Ziff. 3). Den hiergegen am 21. Februar 2017 eingelegten und unter dem 9. Juni 2017 begründeten Widerspruch der Antragstellerin wies der Antragsgegner mit Widerspruchsbescheid vom 13. Dezember 2017 zurück. Darin wurde zugleich die sofortige Vollziehung des Versagungsbescheids (erneut) angeordnet und der von der Antragstellerin mit der Begründung ihres Widerspruchs gestellte Härtefallantrag nach § 9 MindAbstUmsG Bln abgelehnt. Das Verwaltungsgericht Berlin hat den vorläufigen Rechtsschutzantrag mit dem angegriffenen Beschluss (veröffentlicht bei juris) zurückgewiesen.

II.

Das für die Prüfung des Senats maßgebliche Beschwerdevorbringen zeigt keine Gründe auf, aus denen das Ergebnis der angegriffenen Entscheidung zu ändern wäre (vgl. § 146 Abs. 4 Satz 3 und 6 VwGO). Hierzu im Einzelnen:

1. Entgegen der Ansicht der Beschwerde genügt die Begründung für die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Widerspruchsbescheid vom 13. Dezember 2017 (unter II.) den formellen Vorgaben des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO. Insoweit kann gemäß § 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO auf die zutreffenden Ausführungen im angegriffenen Beschluss (juris Rn. 22 f.) verwiesen werden. Warum die besondere Konstellation, bei der es sich nicht um die übliche Konkurrenzsituation zwischen mehreren Spielhallenbetreibern oder zwischen einem Spielhallenbetreiber und einer Schule handele, eine weit ausführlichere Begründung erfordert hätte, legt die Beschwerde nicht dar, zumal der Antragsgegner darauf, dass die Spielhalle den erforderlichen Abstand zu einer Schule im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 MindAbstUmsG Bln nicht einhält, eingegangen ist.

2. Die Kritik, dass der von Gesetzes wegen im Vordergrund stehende Suspensiveffekt bei Einlegung eines Rechtsmittels in den Fällen des Mindestabstandsumsetzungsgesetzes Berlin ausgehöhlt werde, weil ein Antragsteller bei Anordnung des Sofortvollzugs aus dem Sonderverfahren ausscheide, ohne bei einem erfolgreichen Rechtsmittel später wieder eintreten zu können, lässt nicht erkennen, warum insoweit eine Besonderheit gegenüber anderen Fällen gegeben sein sollte, in denen die sofortige Vollziehung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO besonders angeordnet worden ist oder die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs von Gesetzes wegen entfällt (vgl. § 9 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 Nr. 3 GlüStV) und mit dem behördlichen Vollzug die gerichtliche Entscheidung in der Hauptsache vorweggenommen wird, wogegen - wie im vorliegenden Fall - vorläufiger Rechtsschutz beantragt werden kann.

3. Den materiell-rechtlichen Ansatz des Verwaltungsgerichts, dass die nur 43 m von der Spielhalle entfernt liegende Berufsfachschule für Altenpflege und Sozialassistenten / Fachschule für Sozialpädagogik im Sinne des § 5 Abs. 1 Satz 1 MindAbstUmsG Bln grundsätzlich abstandsrelevant sei, weil es sich um eine in § 17 Abs. 2 Nr. 3 b) und f) des Berliner Schulgesetzes aufgeführte Schule handele, die der Erteilung einer Erlaubnis nach § 2 Abs. 2 Satz 4 SpielhG Bln i.V. m. § 5 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 MindAbstUmsG Bln entgegenstehe (vgl. juris Rn. 30), stellt die Beschwerde nicht in Frage.

4. Die Beschwerde meint, dass - entgegen der Ansicht des Verwaltungsgerichts - ein atypischer Ausnahmefall gegeben sei, weil die Schule erst nach Aufnahme des Spielhallenbetriebs und nach Inkrafttreten des Spielhallengesetzes am 2. Juni 2011 (vgl. GVB1. 223 und § 10 SpielhG Bln), jedoch vor dem in § 5 Abs. 3 MindAbstUmsG Bln bestimmten Zeitpunkt (5. Juli 2016) als eine der Erlaubniserteilung entgegenstehende Schule im Jahr 2012 anerkannt worden sei, worauf die Antragstellerin keinen Einfluss gehabt habe. Die eigentlich verfassungskonforme Übergangsfrist des § 8 Abs. 1 Satz 1 SpielhG Bln werde so konterkariert. Dies gelte umso mehr, als neue Spielhallenstandorte innerhalb des Landes Berlin (in tatsächlicher Hinsicht) nicht mehr geschaffen werden könnten. Deshalb liege ein nachträglich geschaffenes Berufsverbot vor. Es stelle sich die Frage, ob § 5 Abs. 3 MindAbstUmsG Bln verfassungskonform sei. Angesichts der Regelung in § 5 Abs. 3 MindAbstUmsG Bln, wonach die nach Ablauf der Ausschlussfrist gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 MindAbstUmsG Bln (5. Juli 2017) hinzutretenden Schulstandorte für die Entscheidung im Sonderverfahren unbeachtlich seien, rechtfertige die zeitliche Abfolge von Betriebsaufnahme, Inkrafttreten des Spielhallengesetzes, Anerkennung der Schule sowie Konkretisierung der Abstandsregelungen zu Schulen in § 5 Abs. 1 und 2 MindAbstUmsG Bln die Anerkennung eines Härtefalls im Sinne von § 9 MindAbstUmsG Bln und die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes.

Mit diesen Erwägungen wird das Ergebnis des angegriffenen Beschlusses nicht in Frage gestellt. Hierfür kann dahinstehen, ob die Ansicht des Verwaltungsgerichts grundsätzlich zutrifft, dass aus dem Umstand, dass die Schule erst nach Eröffnung der Spielhalle die für § 5 Abs. 1 Satz 1 MindAbstUmsG Bln notwendige Qualifizierung erhalten habe, weder ein erhöhter Bestandsschutz für den Betrieb der Antragstellerin noch eine verminderte Relevanz der Schule für das Abstandsgebot folge, so dass eine besondere Atypik wegen des zeitlich nachfolgenden Hinzutretens der Bildungseinrichtung vor dem Hintergrund der einschlägigen Regelungen nicht erkannt werden könne (vgl. juris Rn. 30 und 33). Denn selbst wenn hinzutretende Schulstandorte zwischen dem Inkrafttreten des Spielhallengesetzes und dem in § 5 Abs. 3 MindAbstUmsG Bln bestimmten Zeitpunkt einen atypischen Ausnahmefall für Bestandsspielhallen begründen könnten, wofür nicht zuletzt die Regelungen in § 2 Abs. 1 Satz 5 SpielhG Bln in Verbindung mit § 9 Satz 1 MindAbstUmsG Bln sprechen, hat der Gesetzgeber konkrete Voraussetzungen für die Annahme eines Härtefalls normiert, welche die Antragstellerin nicht erfüllt.

§ 9 Satz 3 MindAbstUmsG Bln bestimmt, dass unter Abwägung mit den konkreten persönlichen Umständen insbesondere der Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis nach § 33 i GewO sowie der Schutzzweck des Spielhallengesetzes Berlin zu berücksichtigen sind. Hierbei finden wirtschaftliche Dispositionen, welche die Antragstellerin oder der Antragsteller nach dem 2. Juni 2011 getätigt haben, keine Berücksichtigung (Satz 4). Ferner sind einem Härtefallantrag sämtliche für die Entscheidung erforderlichen Unterlagen und Nachweise beizufügen (Satz 5) und die besonderen wirtschaftlichen Umstände, auf welche sich der Antrag stützt, von dem Antragsteller durch ein Gutachten eines Wirtschaftsprüfers nachzuweisen (Satz 6).

Die Antragstellerin hat zwar ausdrücklich einen Härtefallantrag gemäß § 9 MindAbstUmsG Bln und § 29 Abs. 4 Satz 4 (i. V. m. § 24 Abs. 2) GlüStV zur Befreiung von dem Mindestabstandsgebot zu Schulen gestellt. Die hierzu gemachten Angaben erfüllen die vorgenannten Anforderungen jedoch nicht, wie der Antragsgegner im Widerspruchsbescheid vom 13. Dezember 2017 (unter III.) zutreffend entschieden hat.

Das Schreiben des Steuerberaters vom 6. Juli 2017 (GA, Bl. 37) entspricht in formaler Hinsicht bereits deswegen nicht dem Gutachten einer Wirtschaftsprüferin oder eines Wirtschaftsprüfers im Sinne von § 9 Satz 6 MindAbstUmsG Bln, weil die darin erwähnten Wirtschaftlichkeitsberechnungen entgegen § 9 Satz 5 MindAbstUmsG Bln nicht beigelegt worden sind. Auch inhaltlich ist die pauschale Angabe, dass bei einer Untervermietung oder einem Leerstand der angemieteten Räume, ein Verlustergebnis erzielt werde, das mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar wäre, nicht ausreichend, um den Nachweis besonderer wirtschaftlicher Umstände zu erbringen. Dies gilt auch für die weiteren Ausführungen des Steuerberaters: „Problematisch sind hierbei insbesondere der Mietvertrag, welcher fest bis zum 31.10.2020 läuft, sowie die nicht abgeschriebenen Investitionen“. Insoweit wäre zumindest anzugeben gewesen, zu welchem Zeitpunkt der Mietvertrag geschlossen wurde und wann die zudem nicht näher substantiierten Investitionen getätigt worden sind, denn wirtschaftliche Dispositionen nach Inkrafttreten des Spielhallengesetzes am 2. Juni 2011 finden gemäß § 9 Satz 4 MindAbstUmsG Bln keine Berücksichtigung. Auch die nicht substantiierte Behauptung, dass die von der Spielhalle genutzten Räumlichkeiten lediglich eine alternative Nutzung als Café oder Restaurant zuließen und beides im umliegenden Gebiet ausschöpfend angesiedelt sei, weshalb dies wirtschaftlich keine ernstzunehmende Option darstelle, genügt den Anforderungen von § 9 Satz 3 MindAbstUmsG Bln nicht. Dies gilt erst recht angesichts des Umstands, dass die Antragstellerin ihren Spielhallenbetrieb erst kurz vor Inkrafttreten des Spielhallengesetzes aufgenommen hatte, was nach § 9 Satz 3 MindAbstUmsG Bln, der auf den Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis nach § 33 i GewO abstellt, ein zu beachtendes Kriterium ist. Ferner hätte sich die Antragstellerin auf das erwartbare Entgegenstehen der unzweifelhaft „in räumlicher Nähe“ zu ihrer Spielhalle gelegenen Schule seit dem Jahr 2012 einstellen können. Das in § 2 Abs. 1 Satz 4 SpielhG Bln formulierte Mindestabstandsgebot zu Einrich-

tungen für Kinder und Jugendliche genügt trotz der Verwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der „räumlichen Nähe“ dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2016, a.a.O., juris Rn. 61 f.). Falls die Antragstellerin insofern Zweifel gehabt hätte, hätte sie einen Anspruch auf Auskunftserteilung über die Einhaltung der Abstandsgrenzen (ggf. nach § 123 VwGO) geltend machen können, um innerhalb der dann noch verbleibenden Übergangsfrist von rd. vier Jahren bis zum 31. Juli 2016 (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 1 SpielhG Bln) die notwendigen Maßnahmen zur betrieblichen Anpassung und beruflichen Orientierung vornehmen zu können (vgl. BVerwG, Urteil vom 16. Dezember 2016, a. a. O. juris Rn. 65 m. w. N.). Abgesehen davon wären im Rahmen der Abwägung nach § 9 Satz 3 MindAbstUmsG Bln die konkreten persönlichen Umstände der Antragstellerin, die in Berlin noch zwei weitere Spielhallen betreibt, darzulegen gewesen. Schon deswegen sind die sich allein auf eine Spielhalle beziehenden wirtschaftlichen Ausführungen ungenügend.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i.V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

[...]