

## **VGH Hessen – Beschl. v. 20.11.2017 – 8 B 1699/17**

### **Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Androhung der Schließung einer Spielhalle**

VGH Hessen, Beschl. v. 20.11.2017 - 8 B 1699/17

(VG Darmstadt, Beschl. v. 19.7.2017 - 3 L 3472/17.DA)

VwGO § 80 Abs. 5; GewO § 15 Abs. 2 Satz 1

Bei der Androhung der Schließung einer Spielhalle handelt es sich um einen sog. formellen Verwaltungsakt, weil die für eine Spielhallenschließung einschlägige Ermächtigungsgrundlage des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO die vorherige Androhung einer Betriebsschließung nicht vorsieht.

Gegen einen formellen Verwaltungsakt kann mit der Anfechtungsklage sowie im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gemäß § 80 Abs. 5 VwGO vorgegangen werden. Dabei führt allein die zu Unrecht erfolgte Wahl der Handlungsform Verwaltungsakt zur Aufhebung des formellen Verwaltungsaktes bzw. zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, ohne dass es darauf ankommt, ob die als Verwaltungsakt getroffene Maßnahme inhaltlich rechtswidrig ist.

(Ls. d. Red.)

#### **Aus den Gründen:**

Die Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den im Tenor näher bezeichneten erstinstanzlichen Beschluss des Verwaltungsgerichts Darmstadt ist gemäß § 146 Abs. 1 VwGO statthaft und auch im Übrigen zulässig, bleibt jedoch in der Sache ohne Erfolg (1.) Die Anschlussbeschwerde des Antragstellers ist dagegen zulässig und überwiegend begründet (2.).

Der Umfang der Überprüfung erstinstanzlicher Entscheidungen in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes durch den Senat in Beschwerdeverfahren wird nach § 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO durch das Vorbringen der Beschwerdebegündung bestimmt und zugleich begrenzt. Stützt ein Verwaltungsgericht seinen Beschluss auf mehrere, die getroffene Entscheidung jeweils selbstständig tragende Gründe, kann eine Beschwerde nur Erfolg haben, wenn in der Beschwerdebegündung jeder dieser selbstständig tragenden Gründe durchgreifend in Frage gestellt wird.

1. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze rechtfertigen die Ausführungen in der Beschwerdebeurteilung vom 10.08.2017 die von der Antragsgegnerin erstrebte Aufhebung des angegriffenen Beschlusses und Ablehnung der Anträge des Antragstellers nicht.

a) Die Antragsgegnerin kann nicht mit Erfolg geltend machen, das Verwaltungsgericht habe verkannt, dass der Antragsteller keinen Anspruch auf Erteilung einer Spielhallenerlaubnis habe, sodass auch kein Anordnungsanspruch bestehe. Das Verwaltungsgericht hat einen Anordnungsanspruch des Antragstellers mit der Begründung bejaht, das seitens der Antragsgegnerin durchgeführte Auswahlverfahren sei mangelhaft gewesen. Hierauf gestützt hat es die Antragsgegnerin vorläufig zur Duldung verpflichtet. Die Antragsgegnerin habe den in dem Gebäude [...] betriebenen zwei Spielhallen jeweils eine auf 10 Jahre befristete Erlaubnis erteilt. Dadurch habe sie diese im Verhältnis zu derjenigen des Antragstellers als eine einzige Spielhalle in zulässiger Ausstattung (bis zu 12 Spielgeräte) behandelt. Nur deshalb sei es möglich gewesen, bei der Punktevergabe diese Spielhalle(n) nach dem Kriterienkatalog der Antragsgegnerin gegenüber derjenigen des Antragstellers zu bevorzugen. Die Abwägung der Antragsgegnerin blende aus, dass es sich um zwei Spielhallen handele, die schon untereinander sowohl den Mindestabstand unterschritten als auch gegen das Verbundverbot verstießen.

Diese Ausführungen des Verwaltungsgerichts greift die Beschwerdebeurteilung nicht an. Sie trägt vielmehr sogar selbst vor, dass die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin zwischen solchen Spielhallen zu erfolgen habe, welche jeweils dem Grunde nach genehmigungsfähig seien. Diese Voraussetzung erfüllt das durchgeführte Auswahlverfahren indes nicht.

Die Antragsgegnerin hat der [...] mit Bescheid vom 28.06.2017 die Erlaubnis für den Betrieb einer Spielhalle mit bis zu 12 Geld- und Warenspielgeräten im Erdgeschoss des Gebäudes [...] erteilt (Bl. 132 - 135 der Behördenakte - BA -). Mit Bescheid vom 29.06.2017 wurde Gleiches für den Betrieb einer Spielhalle im Kellergeschoss desselben Gebäudes ausgesprochen (Bl. 138 - 141 BA). Dabei wurden die Voraussetzungen für eine Abweichung gem. § 2 Abs. 3 HSpielhG nicht geprüft. In beiden Bescheiden heißt es vielmehr, es lägen keine Versagungsgründe nach § 9 Abs. 2 HSpielhG vor.

Die Beschwerdebeurteilung verhält sich zu den Gründen für diese Vorgehensweise nicht, sie erwähnt nicht einmal, dass der Mitbewerber des Antragstellers eigentlich zwei Spielhallen im Verbund betreibt und diese im Auswahlverfahren wie eine einzige behandelt wurden. Dabei geht die Beschwerdebeurteilung selbst davon aus, aufgrund des eindeutigen Wortlauts in § 25 Abs. 2 GlüStV sollten keine Abweichungen vom Verbot des baulichen Verbundes möglich sein oder jedenfalls nur in eng begrenzten Ausnahmefällen.

b) Die Beschwerde macht weiterhin geltend, das Verwaltungsgericht habe verkannt, dass es sich bei der Bewertung der Auswahlkriterien um eine Ermessensentscheidung handele, die nur bedingt überprüfbar sei und nicht durch eigene Ermessensentscheidungen des Verwaltungsgerichts ersetzt werden dürfe. Auch mit diesem Vorbringen legt die Antragsgegnerin keinen Grund dar, aus welchem die erstinstanzliche Entscheidung zu ihren Gunsten abzuändern wäre. Das Verwaltungsgericht hat nicht die Bewertung der Auswahlkriterien im Auswahlverfahren kritisiert, sondern gerügt, dass im Auswahlverfahren zwei im Verbund stehende Spielhallen faktisch wie eine einzige, genehmigungsfähige Spielhalle behandelt wurden. Eigene Ermessenserwägungen hat das Verwaltungsgericht nicht angestellt.

c) Auch die Tenorierung des erstinstanzlichen Beschlusses ist nicht zu beanstanden. Insbesondere ist das Verwaltungsgericht, anders als die Beschwerde vorbringt, nicht zu dem Ergebnis gekommen, es bestehe kein Anordnungsanspruch des Antragstellers. Das Verwaltungsgericht hat einen solchen vielmehr bejaht, bis die Antragsgegnerin über die Widersprüche des Antragstellers gegen den ablehnenden Bescheid vom 30.06.2017 und die beiden Erlaubnisbescheide zugunsten der [...] entschieden hat. Im Widerspruchsverfahren werde die Antragsgegnerin ein ordnungsgemäßes Auswahlverfahren durchzuführen und hierbei auch die besonderen Verhältnisse im Umfeld des jeweiligen Standortes zu berücksichtigen haben. Letzteres erscheint im Hinblick auf die „Verbindlichen Ausführungskriterien zu § 2 Abs. 2 HSpielhG“ des Hessischen Ministeriums für Wirtschaft (Bl. 33 - 36 der Gerichtsakte) geboten, wonach neben der Qualität der Betriebsführung auch der Abstand zu Jugendeinrichtungen und das Umfeld des Spielhallenstandortes in dem zu erarbeitenden Wägungsschema berücksichtigt werden müssen.

Angesichts des mangelhaften Auswahlverfahrens kommt es auf das übrige Vorbringen der Beschwerde zu den Gründen für die einzelnen Punktabzüge zulasten des Antragstellers nicht an. Gleiches gilt für das Beschwerdevorbringen, mit dem die Antragsgegnerin darlegen will, dass ein Härtefall im Falle des Antragstellers nicht angenommen werden könne.

2. Die Anschlussbeschwerde des Antragstellers ist entsprechend § 127 VwGO, § 173 Satz 1 VwGO i. V. m. § 567 Abs. 3 ZPO zulässig und überwiegend begründet.

a) Der Antrag gem. § 80 Abs. 5 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers ist, soweit dieser sich gegen die in Nr. 2 des Bescheids vom 30.06.2017 verfügte Androhung der Schließung der Spielhalle wendet, zulässig. Insbesondere fehlt dem Antragsteller nicht das Rechtsschutzbedürfnis, denn die Anordnung der sofortigen Vollziehung in Ziffer 3 des angegriffenen Bescheids bezieht sich auf die Schließungsandrohung und nicht auf die Versagung der Spielhallenerlaubnis. Dies lässt sich der Begründung des Bescheids, Seite 3 (Bl. 116 bis 118 BA) entnehmen. Darin heißt es, an

der sofortigen Vollziehung bestehe eindeutig ein öffentliches Interesse, weil es insbesondere nicht geduldet werden könne, dass die Spielhalle nach dem 30.06.2017 ohne die erforderliche Erlaubnis weiterbetrieben werde.

Der Antrag ist auch begründet, wenngleich die Androhung der Schließung der Spielhalle nur der Form nach einen Verwaltungsakt darstellt (sog. formeller Verwaltungsakt). Ermächtigungsgrundlage für eine Betriebsschließung ist § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO, wonach die zuständige Behörde die Fortsetzung eines ohne erforderliche Zulassung weiterbetriebenen Gewerbes verhindern kann. Eine vorherige Androhung einer Betriebsschließung ist nicht vorgesehen, da es sich bei einer solchen Maßnahme um die Grundverfügung handelt, aufgrund derer Zwangsmittel erst ergriffen werden können (vgl. OVG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 27.08.1996 - IIB 12401/96 - juris; Mareks, in: Landmann/ Rohmer, GewO, Stand August 2016, § 15 Rdnr. 26 m. w. N.). Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers ist hier gleichwohl wiederherzustellen, denn die Antragsgegnerin hat die Androhung der äußeren Form nach in die Gestalt eines Verwaltungsaktes gekleidet. Dies zeigt die Aufnahme der Androhung in den Tenor des Bescheids sowie die Formulierung in der Rechtsbehelfsbelehrung, wonach „gegen diesen Bescheid“ Widerspruch erhoben werden könne, welchem allerdings keine aufschiebende Wirkung zukomme.

Gegen einen solchen formellen Verwaltungsakt kann mit der Anfechtungsklage sowie im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gem. § 80 Abs. 5 VwGO vorgegangen werden (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 20.10.2016 - 1 S 1662/16 - juris; Stelkens in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Auflage, § 35 Rdnr. 16). Dabei führt allein die zu Unrecht erfolgte Wahl der Handlungsform Verwaltungsakt zur Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, ohne dass es darauf ankommt, ob die als Verwaltungsakt getroffene Maßnahme inhaltlich rechtswidrig ist.

b) Soweit der Antragsteller mit der Anschlussbeschwerde den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs auch im Hinblick auf die Versagung der Spielhallenerlaubnis weiterverfolgt, bleibt sein Begehren ohne Erfolg. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung erstreckt sich - wie dargelegt - nicht auf diesen Teil des angegriffenen Bescheids. Die Antragsgegnerin hat mit ihrer oben zitierten Begründung zur Anordnung des Sofortvollzugs klargestellt, dass sie mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung den Weiterbetrieb der Spielhalle über den 30.06.2017 hinaus verhindern wollte, weshalb sich diese nicht auf die Versagung der Erlaubnis erstreckt.

3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und des Anschlussbeschwerdeverfahrens hat die Antragsgegnerin zu tragen, da sie überwiegend unterliegt (§§ 154 Abs. 1 und 2, 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO).

Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 und 2, § 47 Abs. 1 GKG, wobei sich der Senat an den Nummern 54.1, 1.1.1 und 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Fassung der am 31.06.2012 und am 18.07.2013 beschlossenen Änderungen (abgedruckt in: Kopp/Schenke, VwGO, 23. Aufl. 2017, Anhang zu § 164 Rdnr. 14) orientiert. Danach beträgt der Streitwert für eine Gewerbeerlaubnis im Hauptsacheverfahren 15.000,00 Euro. Dieser Betrag ist im Hinblick auf die Vorläufigkeit der Entscheidung im Eilverfahren um die Hälfte zu ermäßigen. Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, §§ 66 Abs. 3 Satz 3, 68 Abs. 1 Satz 5 GKG).

[...]