

## **VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 29.6.2023 – 6 S 2289/22**

1. Die Erfolgsaussichten eines voraussichtlich rechtlich gebotenen, bislang jedoch noch nicht durchgeführten Auswahlverfahrens zwischen zueinander in Abstandskonkurrenz stehenden Spielhallen sind schon aufgrund der damit fehlenden Bestimmung und Gewichtung der maßgeblichen Auswahlkriterien sowie entsprechender Bewertung und Gegenüberstellung der konkurrierenden Betriebe durch die zuständige Behörde grundsätzlich als offen einzustufen.

2. Auch bei fehlender straf- oder ordnungsrechtlicher Ahndung kann der Betrieb einer Spielhalle ohne die erforderliche Erlaubnis unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls die Prognose rechtfertigen, dass der Betroffene auch künftig sein Gewerbe nicht ordnungsgemäß betreiben wird und ihm damit die erforderliche Zuverlässigkeit fehlt.

3. Bei einer nach § 51 Abs. 5 Satz 5 LGIüG BW, § 33 i GewO bestandsgeschützten und langjährig (passiv) geduldeten Spielhalle obliegt es der Erlaubnisbehörde, neu aufgekommene Zweifel an der Zuverlässigkeit eines Betreibers zumindest substantiiert darzulegen.

(Amtl. Ls.)

### **Aus den Gründen:**

Die zulässige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts hat im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Die von dem Antragsteller in der Beschwerdebegründung mit Schriftsatz vom 7.11.2022 fristgemäß (§ 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO) dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat grundsätzlich beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), geben dem Senat Veranlassung, den angefochtenen Beschluss zu ändern und die aufchiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen die mit Ziffer 1 und Ziffer 2 der Schließungsverfügung vom 12.8.2022 verfügte Untersagung des Betriebs der Spielhalle, „[...] [...]“, [...], [...] unter Einräumung einer Abwicklungsfrist bis zum 15.11.2022 wiederherzustellen und die Antragsgegnerin zu verpflichten, den weiteren Betrieb der Spielhalle [...]“, [...] [...]J, welche nunmehr unter „[...] [...] [...]“ firmiert, bis zum Ergehen einer Entscheidung im Berufungsverfahren 6 S 653/23 oder dem erstmaligen Ergehen einer Auswahlentscheidung zwischen der oben genannten Spielhalle und den nach § 42 Abs. 1 LGIüG mit ihr konkurrierenden Spielhallen zu dulden. Soweit der Antragsteller - nach der von ihm nicht beanstandeten sachdienlichen Auslegung seiner Anträge durch das Verwaltungsgericht - darüber hinausgehend auch im Beschwerdeverfahren die Duldung des Betriebs der genannten Spielhalle bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Auswahlverfahrens, hilfsweise die entsprechende Duldung der Spielhallen [...] oder [...] begehrt, besteht keine Veranlassung, den angefochtenen Beschluss zu ändern.

I. Das Verwaltungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen darauf abgestellt, dass sich die Untersagungsverfügung vom 12.8.2022 voraussichtlich als rechtmäßig erweisen werde und ein besonderes Vollzugsinteresse vorliege. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO seien mit hoher Wahrscheinlichkeit gegeben. Auch die Ermessensentscheidung der Antragsgegnerin sei nicht zu beanstanden. Die Spielhalle des Antragstellers dürfe nicht offensichtlich materiellrechtlich genehmigungsfähig sein. Der Antragsteller habe keinen sicherungsfähigen Anspruch auf Erteilung einer Erlaubnis zum Betrieb seiner Spielhalle nach Maßgabe des § 41 Abs. 1 Satz 1 LGlüG oder auch nur auf Durchführung und Teilnahme an einem den gesetzlichen Anforderungen genügenden Auswahlverfahren zwischen konkurrierenden Spielhallen. Der begehrten Erteilung einer Erlaubnis zum Betrieb der Spielhalle nach § 41 Abs. 1 Satz 1 LGlüG stünden die Versagungsgründe des § 41 Abs. 2 Nr. 2 LGlüG in Verbindung mit § 42 Abs. 1 und Abs. 3 LGlüG entgegen. Der Betrieb der Spielhalle sei spätestens ab Zustellung des Ablehnungsbescheids vom 12.8.2022 am 15.8.2022 weder von einer Erlaubnis noch von einer aktiven Duldung gedeckt gewesen. Den für die Wahrung der Privilegierung des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG erforderlichen Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz habe der Antragsteller trotz der Anhörung zur beabsichtigten Betriebsuntersagung mit Schreiben vom 20.7.2022 erst am 16.9.2022 gestellt. Das besondere Vollzugsinteresse ergebe sich aus dem hohen Gewicht des Interesses der Allgemeinheit an einem zeitnahen Wirksamwerden der mit dem Glücksspielstaatsvertrag beziehungsweise dem Landesglücksspielgesetz zur Eindämmung der Spielsucht vorgenommenen Rechtsänderungen. Dem Vollzugsinteresse stünden vergleichbar gewichtige eigene Belange des Antragstellers nicht entgegen. Das Vertrauen des Antragstellers, auch künftig seine Spielhalle allein auf der Grundlage der gewerberechtlichen Erlaubnis nach § 33 i GewO aus dem Jahr 2006 und ohne eine solche nach § 41 LGlüG zu betreiben, dürfe nicht (mehr) schützenswert sein. Auch das Gebot des effektiven Rechtsschutzes und die Wahrung der Grundrechte des Antragstellers als Spielhallenbetreiber verlangten keinen derart weitreichenden Rechtsschutz. Sei der ungenehmigte Betrieb einer Spielhalle bereits im vorläufigen Rechtsschutzverfahren auch unter Berücksichtigung des Antragsvorbringens aller Voraussicht nach offensichtlich nicht erlaubnisfähig und könne daher sicher beurteilt werden, dass der Antragsteller den Betrieb seiner Spielhalle einzustellen habe, dürfe das Aussetzungsinteresse des Antragstellers rechtlich nicht schutzwürdig sein und dem öffentlichen Interesse an der sofortigen Vollziehung nicht entgegengehalten werden können. Es sei auch zu berücksichtigen, dass die vom Gesetzgeber mit den Übergangsvorschriften gewählte Konstruktion erkennbar auf eine beschleunigte Schließung von Spielhallen abziele. Im Übrigen dürfe hier zu berücksichtigen sein, dass dem Antragsteller seit dem Jahr 2012 habe bekannt sein müssen, dass er seinen Spielhallenbetrieb spätestens ab dem 1.7.2017 an die veränderte Rechtslage hätte anpassen müssen, um den Vorgaben des § 42 Abs. 1 und Abs. 3 LGlüG zu entsprechen. Dennoch habe der Antragsteller weder binnen der für den Zeitraum vom 1.7.2017 bis zum 30.6.2019 befristeten Erlaubnis noch bis heute Maßnahmen ergriffen, um den Vorgaben des Landesglücksspielgesetzes zu entsprechen. Vielmehr habe er den Spielhallenbetrieb selbst dann noch erlaubnis- und duldungslos fortgesetzt, als sein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz durch die erkennende Kammer mit Beschluss vom 30.7.2021 (- 14 K 2121/21-, n.v.) abgelehnt und seine hiergegen erhobene Beschwerde durch den

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg mit Beschluss vom 14.3.2022 (-6 S 2649/21-, n.v.) zurückgewiesen sowie seine Klage durch die erkennende Kammer mit Urteil vom 17.3.2022 (-14 K 2656/21-) abgewiesen worden sei. Nach Aktenlage lege er dieses rechtswidrige Verhalten bis heute an den Tag. Der Antragsteller habe unabhängig davon auch nicht glaubhaft gemacht, dass ihm bei vorübergehender Schließung eine schwerwiegende Folge wie etwa die Insolvenz drohe. Den weiteren Antrag auf Verpflichtung der Antragsgegnerin, die Aufstellung von Geldspielgeräten in dem Betrieb der Spielhalle [...] durch den Antragsteller zu dulden, verstehe die Kammer in Zusammenschau mit der Antragsbegründung sachdienlich als Antrag gerichtet auf einstweilige Duldung des Spielhallenbetriebs bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Auswahlverfahrens. Der Antrag sei bereits unzulässig, da aufgrund des unbegründeten Antrags gemäß § 80 Abs. 5 VwGO kein Raum für die erstrebte Duldung bestehe. Im Übrigen sei der Antrag jedenfalls unbegründet, da der Antragsteller keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht habe. Dies gelte auch für die Hilfsanträge bezüglich der Spielhallen [...].

II. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Antragstellers hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

1. Der - bei sachdienlicher Auslegung – auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen Ziffer 1 und 2 der Verfügung der Antragsgegnerin vom 12.8.2022 gerichtete Beschwerdeantrag hat Erfolg. Der statthafte und auch sonst zulässige Antrag gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO ist begründet. Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung nach § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO überwiegt das Suspensivinteresse des Antragstellers das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung der Betriebsuntersagung.

a) Nach § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO kann das Gericht der Hauptsache die aufschiebende Wirkung in den Fällen des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO ganz oder teilweise wiederherstellen. Bei dieser Entscheidung hat das Gericht eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Vollzugsinteresse und dem Suspensivinteresse des Betroffenen vorzunehmen. Die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs ist wiederherzustellen, wenn das Vollzugsinteresse nicht gegenüber dem Suspensivinteresse überwiegt. Das Gewicht der gegenläufigen Interessen wird dabei vor allem durch die summarisch zu prüfenden Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs in der Hauptsache, aber auch durch die voraussichtlichen Folgen des Suspensiveffekts einerseits und der sofortigen Vollziehung andererseits bestimmt. Grundsätzlich ist der Rechtsschutzanspruch des Bürgers umso stärker und darf umso weniger zurückstehen, je schwerwiegender die ihm auferlegte Belastung ist und je mehr die Maßnahme der Verwaltung Unabänderliches bewirkt. Offensichtlich fehlende Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs können im Fall des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO nicht allein zu einem Überwiegen des Vollzugsinteresses führen, da der Gesetzgeber im Regelfall des § 80 Abs. 1 VwGO von einem Überwiegen des Suspensivinteresses gegenüber den allgemeinen Vollzugsinteressen ausgeht. Es bedarf vielmehr zusätzlich eines besonderen Vollzugsinteresses, das ausnahmsweise das Entfallen der aufschiebenden Wirkung von Klage und Widerspruch gebietet. Ergibt danach die im Rahmen des Verfahrens

nach § 80 Abs. 5 VwGO allein gebotene summarische Prüfung, dass der Rechtsbehelf voraussichtlich erfolglos sein wird und ein besonderes, im Einzelfall überwiegendes Vollzugsinteresse besteht, tritt das Interesse des Antragstellers zurück. Erweist sich dagegen der angefochtene Bescheid bei summarischer Prüfung als voraussichtlich rechtswidrig, besteht schon deswegen kein Interesse an dessen sofortiger Vollziehung.

b) Nach diesen Grundsätzen ist im vorliegenden Fall die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs des Antragstellers gegen die verfügte Betriebsuntersagung wiederherzustellen. Die Ermessensausübung der Antragsgegnerin ist im Hinblick auf das bislang noch nicht durchgeführte Auswahlverfahren zwischen den nach § 42 Abs. 1 LGLüG konkurrierenden Spielhallen und dem sich daraus ergebenden Duldungsanspruch des Antragstellers ernstlichen rechtlichen Zweifeln ausgesetzt. Schon aus diesem Grund fällt die Abwägung des öffentlichen Vollzugsinteresses mit dem besonderen Suspensivinteresse des Antragstellers zu seinen Gunsten aus.

aa) Die - im Ermessen der zuständigen Behörde stehende gewerberechtliche Betriebsuntersagung findet ihre gesetzliche Grundlage in § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 13.7.2015 – 6 S 679/15 ZfWG 2015, 383 <juris Rn. 6 f.>) und ist in formell-rechtlicher Hinsicht voraussichtlich nicht zu beanstanden. Auch in materiell-rechtlicher Hinsicht liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO vor, da die Spielhalle des Antragstellers seit dem 1.7.2019 ohne die erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis betrieben wird.

bb) Die von der Antragsgegnerin auf der Grundlage des § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO getroffene Ermessensentscheidung erweist sich jedoch mit Blick auf die gesetzlichen - und vom Gericht insoweit nachprüfbar - Grenzen der Ermessensausübung (vgl. § 114 Satz 1 VwGO) voraussichtlich als rechtsfehlerhaft. Die Antragsgegnerin ist bei ihrer Ermessensentscheidung maßgeblich davon ausgegangen, dass es an der materiellen Genehmigungsfähigkeit der Spielhalle fehle. Sie hat dabei - wie vom Verwaltungsgericht zutreffend ausgeführt - im Ergebnis im Einklang mit der damaligen Rechtsprechung des Senats angenommen, dass einer Erlaubniserteilung bereits das Abstandsgebot des § 42 Abs. 3 LGLüG entgegenstehe. Dies erweist sich nach dem Urteil des Verfassungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 2.3.2023 (- 1 VB 98/19 und 1 VB 156/21 -) als verfassungsrechtlich nicht tragfähig. Vielmehr ist der Betrieb der Spielhalle des Antragstellers vor dem Hintergrund des bislang noch nicht durchgeführten Auswahlverfahrens bis zu einer Entscheidung des Senats im Berufungsverfahren 6 S 653/23 oder dem erstmaligen Ergehen einer Auswahlentscheidung zu dulden (vgl. dazu sogleich unter 2.). Dieser sich aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG ergebende Anspruch auf Duldung des Weiterbetriebs einer Bestandsspielhalle steht einer Betriebsuntersagung gemäß § 15 Abs. 2 GewO regelmäßig entgegen und hätte von der Antragsgegnerin bei ihrer Ermessensentscheidung berücksichtigt werden müssen.

2. Der - mit der vom Antragsteller nicht beanstandeten sachdienlichen Auslegung des Verwaltungsgerichts - auch im Beschwerdeverfahren auf einstweilige Duldung des Betriebs der

Spielhalle [...] bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Auswahlverfahrens gerichtete Hauptantrag gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO hat im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang ebenfalls Erfolg. Gemäß § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis erlassen, wenn diese Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder aus anderen Gründen nötig erscheint. Dazu ist nach § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft zu machen, dass ein Anordnungsgrund besteht, d.h. eine vorläufige gerichtliche Entscheidung erforderlich ist, und ein Anordnungsanspruch gegeben ist, also die tatsächlichen Voraussetzungen für den geltend gemachten Anspruch erfüllt sind. Ausgehend hiervon hat der Antragsteller, dessen Antrag nicht auf eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet ist (a), sowohl einen Anordnungsgrund (b) als auch - begrenzt bis zur Entscheidung über seine Verpflichtungsklage im Berufungsverfahren 6 S 653/23 oder dem erstmaligen Ergehen einer Auswahlentscheidung zwischen den konkurrierenden Spielhallen - einen Anordnungsanspruch (c) glaubhaft gemacht.

a) Das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache steht dem Erlass der einstweiligen Anordnung nicht entgegen. Denn die von dem Antragsteller begehrte Duldung des Weiterbetriebs seiner Spielhalle nimmt die Hauptsache nicht vorweg. In der Hauptsache begehrt der Antragsteller die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis. Sein Begehren ist also darauf gerichtet, die Spielhalle formell legal zu betreiben. Die von ihm mit dem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz begehrte Duldung bleibt hinter diesem Begehren zurück, weil die bloße Duldung des Weiterbetriebs anders als eine vorläufige glücksspielrechtliche Erlaubnis - nicht die formelle Legalisierung des Betriebs bewirkt (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 9.9.2021 6 S 2716/ 21 -, ZfWG 2021, 508 <juris Rn. 6>, und vom 25.11.2021 – 6 S 2239/21 -, Z1WG 2022, 85 <juris Rn. 23>; OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 -, ZfWG 2019, 516 <juris Rn. 7> m.w.N.).

b) Der Antragsteller hat den notwendigen Anordnungsgrund im Sinne von § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 ZPO glaubhaft gemacht. Ob eine vorläufige Regelung „nötig erscheint“, ist auf der Grundlage einer Interessenabwägung zu beantworten. Es ist zu prüfen, ob es dem Antragsteller unter Berücksichtigung seiner Interessen, aber auch der öffentlichen Interessen nicht zumutbar ist, die Hauptsacheentscheidung abzuwarten (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.11.2021 6 S 2239/21 -, Z/WG 2022, 85 <juris Rn. 25>).

Gemessen daran ist die einstweilige Anordnung mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG erforderlich, um wesentliche Nachteile für den Antragsteller abzuwenden. Der weitere Betrieb der Spielhalle ohne Duldung würde den Antragsteller der Gefahr von ordnungswidrigkeiten- und/oder strafrechtlichen Konsequenzen (§ 48 Abs. 1 Nr. 1 LGlüG oder § 284 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB) aussetzen. Es ist ihm nicht zuzumuten, die für die Ahndung im Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren erforderliche Klärung verwaltungsrechtlicher Zweifelsfragen „auf der Anklagebank“ zu erleben (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 9.9.2021 6 S 2716/21 -, ZfWG 2021, 508 <juris Rn. 31>, und vom 25.11.2021- 6 S 2239/21 -, Z/WG

2022, 85 <juris Rn. 26>; OVG NRW, Beschluss vom 26.9.2019 – 4 B 255/18 -, ZfWG 2019, 516 <juris Rn. 76> m. w. N.; BVerfG, Beschluss vom 7.4.2003 – 1 BvR 2129/02 -, BVerfGK I, 107 <juris Rn. 14>). Ohne den Ausspruch der vorläufigen Duldung des Weiterbetriebs der Spielhalle wäre der Antragsteller, wenn er sich rechtskonform verhalten möchte, gezwungen, seinen Betrieb aufzugeben. Eine Betriebsaufgabe würde wegen der jedenfalls teilweise nicht rückgängig zu machenden wirtschaftlichen Folgen eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung seiner durch Art. 12 und Art. 14 GG grundrechtlich geschützten Rechtspositionen bedeuten, die durch eine Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden könnte (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 9.9.2021- 6 S 2716/21 -, ZfWG 2021, 508 <juris Rn. 32>, und vom 25.11.2021- 6 S 2239/21 - ZfWG 2022, 85 <Juris Rn. 27>).

c) Der Antragsteller hat auch einen im Wege der einstweiligen Anordnung sicherungsfähigen Anspruch auf Durchführung und Teilnahme an einem den gesetzlichen Anforderungen genügenden Auswahlverfahren zwischen den konkurrierenden Spielhallen hinreichend glaubhaft gemacht.

aa) Das Recht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG erfordert in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG und § 41 LGlüG nach der Rechtsprechung des Senats jedenfalls in solchen Fällen, in denen alle gesetzlichen Anforderungen an die Erteilung der glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach § 41 Abs. 2 LGlüG erfüllt werden und es nach Einlegen eines Widerspruchs gegen eine den Antragsteller nicht berücksichtigende Auswahlentscheidung offen ist, ob diese bei Überprüfung durch die Widerspruchsbehörde Bestand haben wird, den Ausspruch einer verfahrenssichernden aktiven Duldung, die eine Fortführung des Spielhallenbetriebs unter Ausschluss straf- oder ordnungswidrigkeitenrechtlicher Konsequenzen bis zu einer Entscheidung durch die Widerspruchsbehörde sicherstellt (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.11.2021 6 S 2239/21 -, ZfWG 2022, 85 <juris Rn. 43>). Dies gilt umso mehr, wenn ein - wie hier - nach derzeitigem Erkenntnisstand voraussichtlich rechtlich gebotenes Auswahlverfahren zwischen zueinander in Abstandskonkurrenz stehenden Spielhallen überhaupt noch nicht durchgeführt worden ist. Denn schon aufgrund der damit fehlenden Bestimmung und Gewichtung der maßgeblichen Auswahlkriterien (vgl. dazu VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.11.2021 6 S 2239/ 21 -, ZfWG 2022, 85 <juris Rn. 39>) sowie entsprechender Bewertung und Gegenüberstellung der konkurrierenden Betriebe durch die zuständige Behörde sind die Erfolgsaussichten eines solchen Auswahlverfahrens grundsätzlich als offen einzustufen.

bb) Der Antragsteller hat einen Anspruch auf Teilnahme an einem Auswahlverfahren zwischen seiner Spielhalle (...) und den zu dieser Spielhalle in Abstandskonkurrenz gemäß § 42 Abs. 1 LGlüG stehenden weiteren Spielhallen im Stadtgebiet der Antragsgegnerin glaubhaft gemacht.

(1) Bei der Spielhalle des Antragstellers handelt es sich um eine Bestandsspielhalle, auf die der Versagungsgrund des § 42 Abs. 3 LGlüG nach der Übergangsregelung des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG nicht anwendbar sein dürfte. Zwar hat das Verwaltungsgericht das Vorliegen der

Voraussetzungen des § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg (vgl. hierzu auch Beschluss vom 14.3.2022- 6 S 2649/21 -, n.v.) verneint, doch erweist sich diese Rechtsprechung nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs Baden-Württemberg (Urteil vom 2.3.2023- 1 VB 98/19 und 1 VB 156/21 - juris), der sich der Senat unter Aufgabe seiner bisherigen Rechtsprechung anschließt, als verfassungsrechtlich nicht tragfähig. Der Verfassungsgerichtshof hat entschieden, dass die sogenannte „Zäsur“- Rechtsprechung zu § 51 Abs. 5 Satz 5 LGlüG mit dem Recht auf einen chancengleichen Zugang zu einer begrenzt zugänglichen beruflichen Tätigkeit aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar ist, weil sie Spielhallenbetreibern ohne hinreichenden Grund den gesetzlich eingeräumten Vertrauensschutz gegenüber dem Abstandsgebot zu Kinder- und Jugendeinrichtungen aus § 42 Abs. 3 LGlüG versagt und sie dadurch von vornherein von der Teilnahme an dem im Hinblick auf § 42 Abs. 1 LGlüG durchzuführenden Auswahlverfahren ausschließt. Das danach im vorliegenden Fall verfassungsrechtlich grundsätzlich gebotene Auswahlverfahren wurde hier jedoch nicht durchgeführt.

(2) Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts erweist sich zum maßgeblichen Zeitpunkt der Entscheidung des Senats auch nicht deshalb im Ergebnis als richtig, weil der Antragsteller wegen gewerberechtllicher Unzuverlässigkeit (§ 41 Abs. 2 Hs. 1 und Hs. 2 Nr. 1, § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 LGlüG, § 33c Abs. 2 Nr. 1 GewO) nach derzeitigem Erkenntnisstand voraussichtlich von der Teilnahme an einem Auswahlverfahren ausgeschlossen wäre.

(a) Nach § 41 Abs. 2 Hs. 1 LGlüG ist die für den Betrieb einer Spielhalle erforderliche Erlaubnis zu versagen, wenn die Voraussetzungen des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 Nr. 1 LGlüG nicht vorliegen. § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 LGlüG bestimmt wiederum, dass die Erlaubnis für den Betrieb einer Spielhalle nur erteilt werden darf, wenn der Betreiber einer Spielhalle zuverlässig ist, insbesondere die Gewähr dafür bietet, dass die Veranstaltung oder die Vermittlung ordnungsgemäß und für die Spielteilnehmer sowie für die Erlaubnisbehörde nachvollziehbar durchgeführt wird. § 41 Abs. 2 Hs. 2 LGlüG regelt weitere spielhallenspezifische Versagungsgründe (vgl. LT-Drucks. 15/2431, S. 104). Danach ist die Erlaubnis ebenso zu versagen, wenn die in § 33c Abs. 2 oder § 33d Abs. 3 der Gewerbeordnung genannten Versagungsgründe vorliegen (§ 41 Abs. 2 Hs. 2 Nr. 1 LGlüG). § 33c Abs. 2 Nr. 1 Hs. 1 GewO sieht - insoweit weitestgehend redundant mit § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 LGlüG vor, dass die Erlaubnis zu versagen ist, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für die Aufstellung von Spielgeräten erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt. Die für die Aufstellung von Spielgeräten erforderliche Zuverlässigkeit besitzt nach § 33c Abs. 2 Nr. 1 Hs. 2 GewO in der Regel nicht, wer in den letzten drei Jahren vor Stellung des Antrags wegen einer der dort genannten Straftaten rechtskräftig verurteilt worden ist. Die in § 33c Abs. 2 Nr. 1 Hs. 2 GewO aufgestellte Regelvermutung stellt schon nach ihrem Wortlaut keine abschließende Regelung dar. Die glücksspielrechtliche Unzuverlässigkeit kann sich außer aus den dort Gesichtspunkten auch aus anderen Gründen ergeben. Diese entsprechen denjenigen, welche die Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO zu rechtfertigen vermögen. Denn wie § 35 GewO dienen auch § 2 Abs. 1 Satz 3

Nr. 3 LGLüG und § 33c Abs. 2 Nr. 1 Hs. 1 GewO unter anderem dem Schutz der Allgemeinheit vor unzuverlässigen Gewerbetreibenden und tragen den mit der Eröffnung der Möglichkeit des Glücksspiels einhergehenden erheblichen Risiken Rechnung (vgl. LT-Drucks. 15/2431, S. 60 und unter Hinweis auf die bereichsspezifisch zu bestimmende Zuverlässigkeit: OVG NRW, Beschluss vom 28.4.2023 – 4 B 1071/22 -juris Rn. 13 ff.). Der Erlaubnisversagungsgrund der (allgemeinen) Unzuverlässigkeit liegt danach vor, wenn der Gewerbetreibende nach dem Gesamtbild seines Verhaltens keine Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 10.12.2013 6 S 2112/13 -, GewArch 2014, 83 <juris Rn. 33>; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 8.6.2021 – 6 S 506/21 GewArch 2021, 331 <juris Rn. 6>; OVG NRW, Beschluss vom 25.8.2020 – 4 B 1145/20 -, <juris Rn. 6> und Beschluss vom 28.4.2023- 4 B 1071 /22 -, juris Rn. 13). Zum ordnungsgemäßen Betrieb eines Gewerbes gehört dabei auch die Beachtung eines hierfür geltenden präventiven Erlaubnisvorbehalts wie beispielsweise des § 41 Abs. 1 LGLüG. Dies ergibt sich für den Bereich der Spielhallen schon aus § 33c Abs. 2 Nr. 1 Hs. 2 GewO, wonach bei einer Verurteilung wegen unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels (§ 284 Abs. 1 StGB) regelmäßig vom Fehlen der für die Aufstellung von Spielgeräten erforderlichen Zuverlässigkeit auszugehen ist und auch aus dem besonderen Risiko, das mit der Eröffnung der Möglichkeit des Glücksspiels einhergeht (vgl. LT-Drucks. 15/2431, S. 60). Auch bei fehlender straf- oder ordnungsrechtlicher Ahndung kann der Betrieb einer Spielhalle ohne die erforderliche Erlaubnis unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls die Prognose rechtfertigen, dass der Betroffene auch künftig sein Gewerbe nicht ordnungsgemäß betreiben wird und ihm damit die erforderliche Zuverlässigkeit fehlt. Es besteht schon grundsätzlich kein Anlass, vergangenes Verhalten nur dann zur Grundlage für die nötige Prognose zu nehmen, wenn es strafbar war oder tatsächlich bestraft wurde; Aufschluss über künftiges berufliches Verhalten vermag nicht nur strafbares Verhalten zu bieten (vgl. BVerwG, Urteil vom 7.11.2012- 8 C 28.11 -, BVerwGE 145, 67 <juris Rn. 21> zur Unzuverlässigkeit eines Bezirksschornsteinfegermeisters). Dies gilt auch, wenn das vergangene Verhalten in den Anwendungsbereich eines Regelbeispiels nach § 33c Abs. 2 Nr. 1 Hs. 2 GewO fällt. Die Verwirklichung eines Regelatbestands nach § 33c Abs. 2 Nr. 1 Hs. 2 GewO indiziert allein im Sinne einer widerlegbaren tatsächlichen Vermutung die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit. Die (bislang) fehlende straf- oder auch nur ordnungsrechtliche Ahndung schließt aber nicht aus, dass sich im Einzelfall bereits aus dem Verhalten des Betroffenen hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine fehlende Zuverlässigkeit ergeben können (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 8.6.2021- 6 S 506/21 -, Z/WG 2021, 389 <juris Rn. 19 ff.>; sowie auch Ennuschat, in: Ennuschat/ Wank/Winkler, GewO, 9.Aufl. 2020, § 33c Rn. 36 f. und 46; Satz 2; Ambs/Lutz, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: Februar 2023, § 33c GewO Rn. 6).

(b) Ein Tatbestand der Regelunzuverlässigkeit nach § 33c Abs. 2 Nr. 1 Hs. 2 GewO ist im Fall des Antragstellers nicht gegeben. Insbesondere ist trotz der Information der Staatsanwaltschaft durch die Antragsgegnerin über den Fortbetrieb der Spielhallen in ihrem Gemeindegebiet nach Aktenlage (bislang) keine strafrechtliche Verurteilung des Antragstellers erfolgt. Es ist auch nicht dokumentiert, dass ein Ermittlungsverfahren eingeleitet wurde.

(c) Die Umstände des Einzelfalls lassen auch sonst nicht mit der im Hinblick auf den verfassungsrechtlich über Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG abgesicherten Teilhabeanspruch im Eilverfahren notwendigen Sicherheit - auf das Fehlen der erforderlichen Zuverlässigkeit des Antragstellers nach § 41 Abs. 2 Hs. 1, § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 LGLüG und § 41 Abs. 2 Hs. 2 Nr. 1 LGLüG in Verbindung mit § 33c Abs. 2 Nr. 1 Hs. 1 GewO schließen. Hierbei berücksichtigt der Senat, dass die Antragsgegnerin bislang nicht von der glücksspielrechtlichen Unzuverlässigkeit des Antragstellers ausgegangen ist. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob die Darlegungs- und Beweislast für die Versagungsgründe nach der in § 41 Abs. 2 LGLüG für Spielhallen getroffenen spezielleren Regelung grundsätzlich die Erlaubnisbehörde trifft (vgl. zu § 4 GastG: BVerwG, Urteil vom 16.9.1975 – I C 7.74 - BVerwGE 49, 154 <juris Rn. 10>; Ambs/Lutz, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: Februar 2023, § 4 GastG Rn. 6). Hierfür spricht, dass das Landesglücksspielgesetz in seiner Formulierung ausdrücklich auf die Zuverlässigkeitsanforderungen in § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 LGLüG verweist und an die allgemeine gewerberechtliche Regelungstechnik wie beispielsweise in § 33c Abs. 2 GewO und auch § 33i GewO anknüpft (vgl. abweichend zum dortigen Landesrecht: OVG NRW, Beschluss vom 28.4.2023 – 4 B 1071/22 -, juris Rn. 13 ff. und Beschluss vom 25.8.2020- 4 B 1145/20 -, ZfWG 2020, 460 <juris Rn. 8>). Jedenfalls im besonderen Fall einer wie hier nach § 51 Abs. 5 Satz 5 LGLüG, § 33i GewO bestandsgeschützten und langjährig (passiv) geduldeten Spielhalle obliegt es der Erlaubnisbehörde, neu aufgekommene Zweifel an der Zuverlässigkeit eines Betreibers zumindest substantiiert darzulegen. Die Antragsgegnerin hat ihre Untersagungs- und Ablehnungsverfügung vom 12.8.2022 aber trotz des ihr bekannten langjährigen erlaubnislosen Betriebs der Spielhallen nicht - auch nicht ergänzend - auf die Unzuverlässigkeit des Antragstellers gestützt. Im Beschwerdeverfahren hat sie nur unter allgemeiner Bezugnahme auf die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs Baden- Württemberg ausgeführt, dass es „zumindest fraglich“ sei, ob der Antragsteller im Hinblick auf den langjährigen erlaubnislosen Betrieb in das Auswahlverfahren einbezogen werden könne. Der Senat verkennt in diesem Zusammenhang nicht, dass sich der Antragsteller in Kenntnis der fehlenden Erlaubnis beziehungsweise (aktiven) Duldung seines Betriebs und des Beschlusses des Senats vom 14.3.2022 – 6 S 2649/21 - sowie des Urteils des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 17.3.2022 – 14 K 2656/20 - zum Fortbetrieb seiner Spielhalle entschlossen und damit den Tatbestand des § 284 Abs. 1 StGB, jedenfalls aber des § 48 Abs. 1 Nr. 1 LGLüG erfüllt haben dürfte (vgl. grundlegend BGH, Urteil vom 27.2.2020 – 3 S R 327/19 -, NJW 2020, 2282). Bei der im Rahmen des § 2 Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 LGLüG, § 41 Abs. 2 Nr. 1 LGLüG in Verbindung mit § 33c Abs. 2 Nr. 1 Hs. 1 GewO anzustellenden Prognose hinsichtlich des zukünftigen Verhaltens des Antragstellers ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin den weiteren Betrieb der Spielhalle(n) vor und auch nach den genannten gerichtlichen Entscheidungen über einen langen Zeitraum hingenommen und nicht beanstandet hat. Sie hat auch im vorliegenden Verfahren nunmehr erklärt, für die Dauer des gerichtlichen Eilrechtsschutzverfahrens an der sofortigen Vollziehbarkeit der Schließungsverfügung nicht festhalten zu wollen. Gegenüber der Staatsanwaltschaft hat sie ferner nach dem unbestrittenen Vortrag des Antragstellers angegeben, dass der Weiterbetrieb der Spielhallen stillschweigend - unter teilweise formloser Mitteilung an die Betreiber - geduldet worden sei. Im Weiteren ist zu berücksichtigen, dass sich die genannten

Entscheidungen des Senats und des Verwaltungsgerichts Karlsruhe auf eine mit Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 2 LV nicht in Einklang stehende Auslegung der § 51 Abs. 5 Satz 5, § 42 Abs. 3 LGlüG nach der damaligen Rechtsprechung des Senats stützen, der der Antragsteller im Ergebnis zu Recht entgegengetreten ist. Bei verfassungskonformer Rechtsanwendung wäre der Fortbetrieb der (Bestands-)Spielhalle des Antragstellers nach der Rechtsprechung des Senats voraussichtlich aber bis zur Durchführung eines Auswahlverfahrens durch die Antragsgegnerin zu dulden gewesen. Dies ändert zwar nichts daran, dass sich der Antragsteller mit dem langjährig formell illegalen Betrieb seiner Spielhalle(n) rechtswidrig verhalten und über den Erlaubnisvorbehalt des § 41 Abs. 1 LGlüG hinweggesetzt hat. Es erscheint dem Senat jedoch zweifelhaft, ob allein auf diese besonderen, der umstrittenen Rechtslage geschuldeten Umstände schon die zukunftsgerichtete Prognose der glücksspielrechtlichen Unzuverlässigkeit gestützt werden kann, oder der Verstoß gegen den Erlaubnisvorbehalt des § 41 Abs. 1 LGlüG „nur“ im Auswahlverfahren zur Bestimmung der im Hinblick auf die Ziele des § 1 GlüStV besser geeigneten Spielhalle heranzuziehen ist. Dies kann abschließend erst nach der weiteren Aufklärung des Verhaltens des Antragstellers sowie der konkreten Umstände des Fortbetriebs der Spielhalle - unter Berücksichtigung gegebenenfalls weiterer Rechtsverstöße des Antragstellers - im beim Senat anhängigen Berufungsverfahren 6 S 653/23 beurteilt werden. Vor diesem Hintergrund lässt sich im vorliegenden Eilverfahren jedenfalls keine hinreichend sichere Prognose der glücksspielrechtlichen Unzuverlässigkeit treffen, welche den Anordnungsanspruch des Antragstellers in Zweifel ziehen könnte.

cc) Soweit der Antragsteller darüber hinaus die Duldung seines Betriebs bis zum rechtskräftigen Abschluss eines Auswahlverfahrens begehrt, fehlt es derzeit an der Glaubhaftmachung eines entsprechenden Anordnungsanspruchs. Denn mit einer Entscheidung des Senats im Berufungsverfahren 6 S 653/23, welches den Anspruch des Antragstellers auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis gemäß § 41 Abs. 1 LGlüG zum Gegenstand hat, beziehungsweise dem erstmaligen Ergehen einer Auswahlentscheidung stellt sich die Frage des Anspruchs des Antragstellers auf Teilhabe an einem Auswahlverfahren neu. Gleiches gilt hinsichtlich der hilfsweise vom Antragsteller begehrten Duldung des Betriebs der Spielhallen [...].

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 155 Abs. 1 Satz 1, § 154 Abs. 2 VwGO.

IV. Die Streitwertfestsetzung und die Änderung der Festsetzung des Verwaltungsgerichts von Amts wegen ergeben sich aus § 63 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, § 47 Abs. 1 Satz 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1 und Nr. 2, § 52 Abs. 1, § 45 Abs. 1 Satz 2, § 39 Abs. 1 GKG in Verbindung mit Nr. 1.5 Satz 1 Hs. 1, Nr. 54.1 und Nr. 54.2.1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013.

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

[...]