

## **Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschl. v. 15.08.2024 – 6 S 1159/24**

### **Amtl. Leitsatz:**

1. Weder Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG noch der Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG gebieten es, die erstmalige Aufnahme des Betriebs einer Spielhalle, für die der Inhaber noch nie eine Erlaubnis innehatte, während eines offenen Auswahlverfahrens zwischen zueinander in Abstandskonkurrenz stehenden Spielhallen vorläufig zu dulden.

2. Vor der erstmaligen Aufnahme einer erlaubnispflichtigen Gewerbetätigkeit ist es regelmäßig zumutbar, den Abschluss des Erlaubnisverfahrens abzuwarten. Von einem Neubeerber um eine spielhallenrechtliche Erlaubnis kann erwartet werden, dass er dies in seine unternehmerischen Entscheidungen einstellt und etwaige Investitionen, Miet- und Arbeitsverträge etc. danach ausrichtet. Geht er während des laufenden Erlaubnisverfahrens Verpflichtungen ein, liegt dies in seinem eigenen unternehmerischen Risiko.

### **Tenor:**

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Stuttgart vom 18. Juli 2024 – 4 K 3820/24 - wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 50.000,-- EUR festgesetzt.

### **Gründe:**

1 1. Der Senat entscheidet über die am 30.07.2024 eingegangene Beschwerde der Antragstellerin zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) vor Ablauf der Beschwerdebegründungsfrist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO. Die Antragstellerin hat ihre Beschwerde bereits ausführlich begründet und auf die aus ihrer Sicht bestehende Dringlichkeit hingewiesen. Die Antragsgegnerin hatte Gelegenheit, sich zu der Beschwerde zu äußern, und hat hiervon Gebrauch gemacht.

2 2. Die nach § 146 Abs. 4 VwGO statthafte und auch sonst zulässige Beschwerde der Antragstellerin hat keinen Erfolg. Die zur Begründung der Beschwerde innerhalb der Frist des § 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 keine Veranlassung, den Beschluss des Verwaltungsgerichts abzuändern und die Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung zu verpflichten, den Betrieb der Spielhalle der Antragstellerin „...“, ... in ... bis zur erneuten Entscheidung der Antragsgegnerin über den Antrag der Antragstellerin auf Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 LGlüG bzw. – für den Fall einer Erlaubniserteilung an den Betreiber einer Konkurrenzspielhalle – bis zur Entscheidung über ihren Widerspruch gegen eine Ablehnung ihres Antrags sowie ihren Drittwiderspruch gegen die Erlaubnis eines ausgewählten Konkurrenten vorläufig zu dulden.

3 a) Das Verwaltungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt, der Antrag sei zulässig, aber nicht begründet. Die Antragstellerin habe den behaupteten Anordnungsanspruch nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Sie sei für den Betrieb ihrer Spielhalle weder im Besitz der nach § 41 Abs. 1 LGlüG erforderlichen Erlaubnis, noch habe sie eine solche jemals – auch nicht als Erlaubnis nach § 33i GewO – besessen. Allein aus dem Umstand, dass das Erlaubnisverfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen sei, folge kein Duldungsanspruch. Ein solcher sei weder dem Landesglücksspielgesetz zu entnehmen, noch folge er aus höherrangigem Recht. Ein Duldungsanspruch ergebe sich weder aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes noch zur Wahrung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG. Für bestehende Spielhallen sei ein Anspruch auf vorläufige Duldung in Fällen angenommen worden, in denen die Auswahlentscheidung zwischen zwei konkurrierenden (Bestands-)Spielhallen rechtswidrig und offen gewesen sei, wie eine erneute Auswahlentscheidung ausfalle. Eine solche Fallkonstellation liege hier aber nicht vor. Zwar habe die Kammer mit Urteil vom 15.04.2024 (4 K 1044/22) die ursprüngliche Auswahlentscheidung als rechtswidrig erachtet und die Antragsgegnerin zur Durchführung eines erneuten Auswahlverfahrens verpflichtet. Allerdings sei zu berücksichtigen, dass mit dem Erlaubnisverfahren auch die präventive Prüfung der Voraussetzungen zur Gefahrenabwehr verbunden sei. Der Antragstellerin sei es daher zuzumuten, den Abschluss des erneuten Auswahlverfahrens abzuwarten, zumal sie keine Bestandsspielhalle betreibe, sondern es sich bei ihr um eine neue Marktteilnehmerin handle. Dabei verkenne die Kammer nicht, dass der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg einen Anspruch aus Art. 19 Abs. 4 GG in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG und § 41 LGlüG auf eine verfahrenssichernde aktive Duldung anerkenne, soweit der Ausgang der Auswahlentscheidung offen sei. Jedoch könne dies nur für den Fall gelten, dass die Spielhalle bereits zuvor betrieben worden sei, und sei nicht auf den Fall einer bislang noch nicht betriebenen Spielhalle übertragbar. Hier werde nicht die Fortführung einer bisher rechtmäßig betriebenen Spielhalle begehrt, sondern eine Duldung zur erstmaligen Aufnahme des Betriebs. Da die Antragstellerin bislang nicht Inhaberin einer

Spielhallenerlaubnis gewesen sei, genieße sie kein schützenswertes Vertrauen auf einen „Weiterbetrieb“. Da der Zweck des Erlaubnisvorbehalts gerade sei, zum Schutz des Geschäftsverkehrs und anderer Rechtsgüter die vorherige behördliche Prüfung der Erlaubnisfähigkeit der beabsichtigten Gewebetätigkeit zu sichern und damit die mit einer unerlaubten Tätigkeit verbundenen Gefahren abzuwehren, sei vor der Aufnahme einer erlaubnispflichtigen Gewebetätigkeit der reguläre Abschluss des Erlaubnisverfahrens abzuwarten. Ein Anspruch ergebe sich auch nicht aus dem Recht auf chancengleichen Zugang zu einer beruflichen Tätigkeit aus Art. 2 Abs. 1 LV in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG. Dieses Recht erstrecke sich nämlich nicht auf die Erteilung einer aktiven Duldung des Betriebs vor Erlaubniserteilung, sondern allein auf die Erteilung der Spielhallenerlaubnis selbst. Auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebiete nicht die vorläufige Duldung der Spielhalle der Antragstellerin. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit könne sich eine Pflicht ergeben, eine ohne Erlaubnis und damit formell illegal betriebene Spielhalle bis zu einer Entscheidung über den Erlaubnisantrag zu dulden. Dies sei aber nur dann anzunehmen, wenn die formell illegale Tätigkeit die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen erfülle und dies offensichtlich sei, so dass auch eine Untersagung der Tätigkeit zur Gefahrenabwehr nicht erforderlich wäre. Dies sei hier aber bereits deswegen nicht der Fall, weil die geplante Spielhalle der Antragstellerin zu weiteren Spielhallen in Abstandskonkurrenz nach § 42 Abs. 1 LGlüG stehe und die Behörde im Rahmen des Auswahlverfahrens eine Ermessenentscheidung zu treffen habe. Daraus folge, dass die Antragstellerin zum maßgeblichen Zeitpunkt jedenfalls nicht offensichtlich die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen erfülle. Die Bewertung bleibe insoweit dem Erlaubnisverfahren vorbehalten, das als offen einzustufen sei und jedenfalls keine offensichtliche Bevorzugung der Antragstellerin rechtfertige.

**4 b)** Hiergegen wendet sich die Beschwerde der Antragstellerin, mit der sie ihren Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes weiterverfolgt, ohne Erfolg. Sie zeigt mit ihrer Beschwerde nicht auf, dass die Antragsgegnerin verpflichtet werden müsste, den Betrieb der Spielhalle „...“ vorläufig zu dulden. Das Verwaltungsgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die Antragstellerin keinen Anspruch auf Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung geltend machen kann.

**5** 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.

**6** Ausgehend hiervon hat die Antragstellerin, deren Antrag nicht auf eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache gerichtet ist, einen Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht.

**7 aa)** Das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache steht dem Erlass der einstweiligen Anordnung nicht entgegen. Denn die von der Antragstellerin begehrte Duldung des Betriebs ihrer Spielhalle nimmt die Hauptsache nicht vorweg. In der Hauptsache begehrt die Antragstellerin die Erteilung einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis bzw. die Neubescheidung ihres diesbezüglichen Antrags auf Grundlage eines ordnungsgemäßen Auswahlverfahrens. Ihr Begehren ist also darauf gerichtet, die Spielhalle formell legal zu betreiben. Die von ihr mit dem Antrag auf vorläufigen Rechtsschutz begehrte Duldung bleibt hinter diesem Begehren zurück, weil die bloße Duldung des Betriebs – anders als eine vorläufige glücksspielrechtliche Erlaubnis – nicht die formelle Legalisierung des Betriebs bewirkt (st. Rspr.; vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.06.2023 – 6 S 2289/22 -, juris Rn. 12 m.w.N.).

**8 bb)** Während der materielle Anspruch in der Hauptsache, deren Sicherung die Antragstellerin begehrt, und damit ein Anordnungsanspruch jedenfalls insoweit bestehen dürfte, als die Antragstellerin aus 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 einen Anspruch auf Teilnahme an einem den grundrechtlich geschützten Interessen gerecht werdenden Auswahlverfahren zwischen im Hinblick auf das Mindestabstandsgebot nach § 42 Abs. 1 LGLüG konkurrierenden Anbietern ableiten kann (vgl. VerfGH Baden-Württemberg, Urteil vom 02.03.2023 – 1 VB 98/19 und 1 VB 156/21 -, VBIBW 2023, 406 <juris Ls. 1 und Rn. 135>), liegen die Voraussetzungen des Anordnungsgrundes – im Wesentlichen aus den vom Verwaltungsgericht zur Verneinung des Anordnungsanspruchs genannten Gründen – nicht vor.

**9** Ob eine vorläufige Regelung „nötig erscheint“, ist auf der Grundlage einer Interessenabwägung zu beantworten. Es ist zu prüfen, ob es der Antragstellerin unter Berücksichtigung ihrer 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 -, ZfWG 2022, 85 <juris Rn. 25>).

**10** Gemessen daran ist die einstweilige Anordnung hier auch mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG nicht geboten, um wesentliche, durch das Hauptsacheverfahren bedingte Nachteile für die Antragstellerin abzuwenden.

**11** Nach der Rechtsprechung des Senats, die auch das Verwaltungsgericht aufgegriffen hat, erfordert das Recht auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG und § 41 LGLüG jedenfalls in

solchen Fällen, in denen alle gesetzlichen Anforderungen an die Erteilung der glücksspielrechtlichen Erlaubnis erfüllt werden und es nach Einlegen eines Widerspruchs bzw. Erhebung einer Klage gegen eine den jeweiligen Antragsteller nicht berücksichtigende Auswahlentscheidung offen ist, ob diese bei Überprüfung durch die Widerspruchsbehörde bzw. das Gericht 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 (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.11.2021 – 6 S 2239/21 -, ZfWG 2022, 85 <juris Rn. 43>) oder – sofern ein Widerspruchsbescheid bereits ergangen ist – bis zur nächsten anstehenden gerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.06.2023 – 6 S 2289/22 -, ZfWG 2023, 537 <juris Rn. 17 ff.>) sicherstellt. Der Senat hat bereits festgestellt, dass dies umso mehr gilt, wenn ein rechtlich gebotenes Auswahlverfahren zwischen zueinander in Abstandskonkurrenz stehenden Spielhallen überhaupt noch nicht durchgeführt worden ist (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.06.2023. a.a.O. und Beschluss vom 29.01.2024 – 6 S 415/23 -, n.v., amtl. Umdr. S. 9 f.). Vieles spricht dafür, das Erfordernis einer verfahrenssichernden Duldung auch dann zu bejahen, wenn – wie vorliegend – die ursprüngliche Auswahlentscheidung durch eine gerichtliche Entscheidung aufgehoben und die Behörde verpflichtet wurde, das Auswahlverfahren erneut durchzuführen, soweit der Erfolg des jeweiligen Antragstellers im neu durchzuführenden Auswahlverfahren weiterhin möglich erscheint.

**12** Daraus folgt jedoch nicht, dass die Antragstellerin hier eine solche verfahrenssichernde Duldung beanspruchen kann. Denn, wie das Verwaltungsgericht bereits zutreffend ausgeführt hat, handelt es sich bei der Spielhalle der Antragstellerin nicht um eine sog. Bestands-spielhalle, für die sie bereits einmal im Besitz einer Erlaubnis nach § 33i GewO gewesen ist. Die vorstehende Rechtsprechung erfasst entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht deshalb nur Bestandsspielhallen, weil der Fall einer Neubewerberin um eine Spielhallen-erlaubnis noch nicht zur Entscheidung gestanden hätte. Vielmehr kann der aus Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG und § 41 LGlüG abgeleitete verfahrenssichernde vorläufige Duldungsanspruch regelmäßig nur in solchen Fällen bestehen, in denen der vorläufige Weiterbetrieb einer Spielhalle in Rede steht, für die einst eine wirksame Erlaubnis vorgelegen hat und für die rechtzeitig vor deren Erlöschen die Erteilung einer Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 LGlüG beantragt wurde. Die verfahrenssichernde Duldung trägt dem Umstand Rechnung, dass eine Spielhalle bisher rechtmäßig betrieben wurde und dem Spielhallenbetreiber während des noch laufenden Erteilungsverfahrens, das häufig mit einem zeitintensiven Auswahlverfahren zwischen mehreren miteinander in Abstandskonkurrenz nach § 42 Abs. 1 LGlüG stehenden Spielhallen verbunden ist, regelmäßig nicht zugemutet werden kann, die Spielhalle bis zur Entscheidung der Behörde über den Erlaubnisantrag oder im Falle der Ablehnung bis zu behördlichen bzw.

gerichtlichen Entscheidungen über anschließende Rechtsbehelfe zu schließen, solange der Ausgang dieser Verfahren mit Blick auf die Erfolgchancen des jeweiligen Antragstellers offen ist (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.11.2021 – 6 S 2239/21 -, ZfWG 2022, 85 <juris Rn. 37 ff.>). Der aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitende Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs und der Anspruch auf Gewährung effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG rechtfertigen in diesen Fällen ausnahmsweise die vorübergehende Duldung des formell nicht mehr legalisierten Spielhallenbetriebs (ähnlich OVG NRW, Beschluss vom 24.03.2022 – 4 B 1520/21 -, juris Rn. 15 ff.).

**13** Hiervon unterscheidet sich der Fall der Antragstellerin als Neubewerberin um eine Spielhallenerlaubnis insoweit erheblich, als sie für den Betrieb ihrer Spielhalle noch zu keinem Zeitpunkt eine Erlaubnis innehatte. Sie begehrt damit der Sache nach nicht den Schutz eines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs und die damit verbundene Fortführung der zuvor erlaubten Gewerbetätigkeit, sondern die erstmalige Teilnahme am Markt und die damit verbundene Eröffnung künftiger Erwerbschancen. Dies gebieten aber weder Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG noch der Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG (zu ähnlich gelagerten Fällen einer beabsichtigten erneuten Betriebsaufnahme nach vorheriger endgültiger Betriebsaufgabe vgl. bereits VGH Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 15.09.2023 – 6 S 1189/23 -, n.v., amtl. Umdr. S. 3 f., und vom 27.02.2024 – 6 S 1451/23 -, n.v., amtl. Umdr. S. 4 f.).

**14** Vor der erstmaligen Aufnahme einer erlaubnispflichtigen Gewerbetätigkeit ist es regelmäßig zumutbar, den regulären Abschluss des Erlaubnisverfahrens abzuwarten (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 24.03.2022 – 4 B 1520/21 -, juris Rn. 17). Von einer Neubewerberin um eine spielhallenrechtliche Erlaubnis kann erwartet werden, dass sie diesen Umstand in ihre unternehmerischen Entscheidungen einstellt und etwaige Investitionen, Miet- und Arbeitsverträge etc. danach ausrichtet. Geht sie insoweit während des laufenden Erlaubnisverfahrens Verpflichtungen ein, liegt dies in Ansehung der Unsicherheit über das Ob und den Zeitpunkt der Erlaubniserteilung in ihrem eigenen unternehmerischen Risiko. Dies gilt erst recht, wenn die zuständige Behörde – wie im vorliegenden Fall – im Ermessenswege eine Auswahlentscheidung zwischen mehreren in Abstandskonkurrenz zueinander stehenden Spielhallen zu treffen hat und damit der Ausgang des Erlaubniserteilungsverfahrens nicht mit hinreichender Sicherheit prognostiziert werden kann. Vor diesem Hintergrund stehen auch im Fall der Antragstellerin, die auf einen bereits im Jahr 2021 – und damit zu einem Zeitpunkt, zu dem das Ende und der Ausgang des Auswahlverfahrens noch nicht absehbar war – geschlossenen Mietvertrag und daraus fällige Mietzahlungen verweist, keine durch das Hauptsacheverfahren bedingten, nicht mehr rückgängig zu machenden wesentlichen Nachteile im Raum, die einen vorläufigen Duldungsanspruch begründen könnten.

**15** Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach Art. 3 Abs. 1 GG ergibt sich hieraus nicht. Die daraus folgende Ungleichbehandlung, dass der Betrieb der mit der Spielhalle der Antragstellerin konkurrierenden Spielhallen vorübergehend geduldet wird, ist durch hinreichend gewichtige Sachgründe gerechtfertigt. Bei diesen handelt es sich – soweit ersichtlich – um Bestandsspielhallen in oben beschriebenem Sinne, deren Betrieb einst durch eine Erlaubnis nach § 33i GewO legalisiert war, für die rechtzeitig ein Erlaubnis Antrag nach § 41 Abs. 1 LGlüG gestellt wurde und hinsichtlich derer der Ausgang des durchzuführenden Auswahlverfahrens noch hinreichend offen ist. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin handelt es sich hierbei weiterhin um ein sachgerechtes Differenzierungskriterium. Diese Spielhallen genießen zwar insoweit keinen absoluten Bestandsschutz mehr, als sie sich dem mit dem Landesglücksspielgesetz eingeführten Erlaubnisverfahren nach § 41 Abs. 1 LGlüG stellen müssen und die frühere Erlaubnis nach § 33i GewO nicht mehr ausreicht. Gleichwohl ist ihre Situation während des noch laufenden Auswahlverfahrens eine andere als die der Antragstellerin, die sich erstmals um die Legalisierung der Spielhalle und damit um die Marktteilnahme bemüht. Hieran ändert es entgegen dem Beschwerdevorbringen auch nichts, dass das Verwaltungsgericht die der xxxxxxxx-xxxxxxxxxxx GmbH für die Spielhalle „xxxxxxxxxxx“ erteilte Erlaubnis mit rechtskräftigem Urteil vom 15.04.2024 (4 K 1044/22) aufgehoben hat. Denn diese Erlaubnis war von vorneherein mangels Bestandskraft noch nicht geeignet, Bestandsschutz zu vermitteln, so dass die Aufhebung auch nicht das Entfallen eines Bestandsschutzes bewirken konnte. Die Aufhebung hatte lediglich zur Folge, dass die Antragsgegnerin erneut eine Auswahlentscheidung treffen muss und damit das ursprüngliche Erlaubniserteilungsverfahren weiterhin offen ist. Die im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens zu berücksichtigenden schützenswerten Interessen der Beteiligten haben sich dadurch nicht geändert.

**16** Der Antragstellerin droht auch mit Blick auf das erneut durchzuführende Auswahlverfahren kein unzumutbarer Nachteil. Soweit die Antragsgegnerin zu erkennen gegeben hat, dass als Auswahlkriterium unter anderem der „ordnungsgemäß laufende Betrieb der Spielhalle“ heranzuziehen und hierbei zu berücksichtigen sei, „inwiefern prognostisch von einem rechtstreuen Verhalten des Spielhallenbetreibers im laufenden Betrieb“ auszugehen sei, folgt daraus nicht, dass lediglich solche Spielhallen in die nähere Auswahl kämen, die bereits betrieben werden. Während auf der Hand liegt, dass bei Bestandsspielhallen die Ordnungsgemäßheit des laufenden Betriebs bzw. die Gründe für Beanstandungen in der Vergangenheit in die Prognose über die Qualität der künftigen Betriebsführung einzustellen sind, wird die Antragsgegnerin die Prognose über das rechtstreue Verhalten der Antragstellerin aufgrund anderer Umstände als den bisherigen Spielhallenbetrieb treffen müssen. Dass die Spielhalle der Antragstellerin mangels Betriebs von vorneherein chancenlos wäre oder ihr Teilnahmeanspruch an dem Auswahlverfahren auf sonstige Weise beeinträchtigt wäre, kann der Senat nicht erkennen. Auch von einer verfahrensbedingten

faktischen Verdrängung der Neubewerberin ist vor dem Hintergrund der bereits erörterten unternehmerischen Entscheidungen nicht auszugehen.

**17** Im Ergebnis zutreffend geht das Verwaltungsgericht zudem davon aus, dass auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hier keinen Anspruch auf Ausspruch einer Duldung des Betriebs der Spielhalle der Antragstellerin begründet. Fraglich ist bereits, ob die vom Verwaltungsgericht herangezogene Rechtsprechung (BVerwG, Urteil vom 16.05.2013 – 8 C 14.12 -, BVerwGE 146, 303 <juris Rn. 52>; OVG NRW, Beschluss vom 30.06.2022 – 4 B 1864/21 -, ZfWG 2022, 369 <juris Rn. 63>), nach der ein formell illegal betriebenes Gewerbe dann zu dulden sein könne, wenn die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen offensichtlich erfüllt seien, auf die vorliegende Fallkonstellation übertragen werden kann. Denn sie betrifft vornehmlich Fälle, in denen ein illegaler Betrieb bereits vorliegt und die Frage im Raum steht, ob dieser untersagt werden kann, während es der Antragstellerin vorliegend um die Duldung der erstmaligen Betriebsaufnahme geht, ohne sich der Gefahr der Strafbarkeit nach § 284 StGB bzw. der Ordnungswidrigkeit nach § 48 Abs. 1 Nr. 1 LGlüG auszusetzen. Diese Frage bedarf jedoch keiner abschließenden Entscheidung, da jedenfalls auch für den Senat nicht ausreichend ersichtlich ist, dass die Erlaubnisvoraussetzungen mit Blick auf das nochmals durchzuführende Auswahlverfahren zwischen mehreren miteinander in Abstandskonkurrenz stehenden Spielhallen offensichtlich erfüllt wären.

**18** 3. Mit der Entscheidung des Senats wird der ebenfalls von der Antragstellerin begehrte Erlass einer Zwischenverfügung in Form eines Hängebeschlusses entbehrlich.

**19** 4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

**20** Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 1, § 52 Abs. 1 GKG in Verbindung mit Nr. 1.5 Satz 1 Hs. 1, Nr. 54.1 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 und folgt der von den Beteiligten nicht beanstandeten und am erwarteten Jahresgewinn orientierten Festsetzung durch das Verwaltungsgericht.