

Az.: 6 A 641/20
2 K 1703/19



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der

- Klägerin -
- Antragstellerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Freistaat Sachsen
vertreten durch die Landesdirektion Sachsen
09105 Chemnitz

- Beklagter -
- Antragsgegner -

wegen

glücksspielrechtlicher Untersagung
(„C.....“, G.....str. X, EG rechts, F.....)
hier: Antrag auf Zulassung der Berufung

hat der 6. Senat des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Obergerverwaltungsgericht Dehoust, den Richter am Obergerverwaltungsgericht Groschupp und den Richter am Landesozialgericht Guericke

am 23. März 2022

beschlossen:

Der Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Dresden vom 23. Juni 2020 - 2 K 1703/19 - wird abgelehnt.

Die Klägerin trägt die Kosten des Zulassungsverfahrens.

Der Streitwert für das Zulassungsverfahren wird auf 17.500,00 € festgesetzt.

Gründe

- 1 Der Antrag der Klägerin auf Zulassung der Berufung ist nicht begründet. Soweit er sich auf die glücksspielrechtliche Untersagungs- und Betriebseinstellungsverfügung sowie die Androhung eines Zwangsgelds in Höhe von 17.500,00 € (Nr. 1 bis 3 des Bescheids vom 8. Oktober 2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheids des Beklagten vom 9. August 2019) bezieht, hat er keinen Erfolg, weil seine Klage insoweit wegen Fortfalls des Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig geworden ist - was der Senat auch im Berufungszulassungsverfahren von Amts wegen zu prüfen hat (vgl. W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, Vorb § 124 Rn. 32; BayVGH, Beschl. v. 23. März 2020 - 12 ZB 18.706 -, juris Rn. 20) - (1). Hinsichtlich der Anfechtung der in Nummer 5 des angegriffenen Bescheids festgesetzten Verwaltungskosten in Höhe von insgesamt 319,27 € bleibt er ohne Erfolg, weil kein Zulassungsgrund vorliegt (2).
- 2 1. Das Rechtsschutzbedürfnis für die Anfechtungsklage gegen die glücksspielrechtliche Untersagungs- und Betriebseinstellungsverfügung und die für den Fall der Nichtbefolgung erfolgte Zwangsgeldandrohung ist entfallen, nachdem sich die Klägerin nach Mitteilung des Beklagten vom 19. November 2021 vor dem Hintergrund der Geschäftsaufgabe aufgelöst hat und in Liquidation befindet. Die im Anschluss daran an die Klägerin gerichteten Senatsanfragen vom 24. November 2021 und vom 5. Januar 2022 zu den hieraus zu ziehenden prozessualen Folgen blieben unbeantwortet.
- 3 Diese Umstände lassen nur den Schluss zu, dass sich die angegriffene Untersagungs- und Schließungsverfügung durch dauerhafte Aufgabe der Betriebsstätte endgültig erledigt hat. Ein Verwaltungsakt erledigt sich mit der Folge, dass das

Rechtsschutzbedürfnis für seine Anfechtung entfällt, wenn von ihm keine belastenden Wirkungen mehr ausgehen. So verhält es sich bei einer - wie hier - betriebsstättenbezogenen Untersagungs- und Schließungsverfügung im Falle der endgültigen Aufgabe der Betriebsstätte, sofern die Verfügung nicht noch als Vollstreckungsgrundlage in Betracht kommt (vgl. BVerwG, Urt. v. 20. Juni 2013 - 8 C 46.12 -, juris Rn. 16). Im Streitfall steht der Erledigung der Untersagungsverfügung nicht entgegen, dass die Untersagungsverfügung unter Nummer 3 mit der Androhung eines Zwangsgelds verknüpft war. Dass ein Zwangsgeld festgesetzt wurde, ist nicht aktenkundig, ebenso wenig, dass von der Klägerin ein Zwangsgeld gezahlt oder ein solches beigetrieben wurde. Bei der endgültigen Aufgabe der Betriebsstätte käme nunmehr eine weitere Vollstreckung aus einer Zwangsgeldfestsetzung auch nicht mehr in Betracht. Damit ist die Untersagungsverfügung samt Zwangsgeldandrohung als Vollstreckungsgrundlage gegenstandslos geworden (vgl. BVerwG, Urt. v. 20. Juni 2013 - 8 C 46.12 -, juris Rn. 16; anders wegen der Möglichkeit der Rückabwicklung im Falle der bereits erfolgten Zahlung oder Beitreibung: BVerwG, Urt. v. 20. Juni 2013 - 8 C 17.12 -, juris Rn. 19 und Urt. v. 9. Juli 2014 - 8 C 36.12 -, juris Rn. 19). Aus der Zwangsgeldandrohung kann der Klägerin auch kein rechtlich erheblicher Nachteil mehr erwachsen, weil die nachträgliche Beitreibung von Zwangsgeldern wegen der Verletzung der gegenstandslos gewordenen Untersagungsverfügung unzulässig ist (vgl. BVerwG, 21. Januar 2003 - 1 C 5.02 -, juris Rn. 28). Nach § 2a Abs. 1 Nr. 1 SächsVwVG ist die Vollstreckung einzustellen, wenn der Vollstreckungszweck erreicht wurde. Dies ist hier der Fall, weil infolge der endgültigen Betriebsaufgabe gewährleistet ist, dass die Klägerin die Verpflichtung aus der Untersagungs- und Schließungsverfügung seither beachtet (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 4. November 2003 - 4 BS 332/03 -, juris Rn. 5). Ist ein weiterer Verstoß gegen ein Unterlassungsgebot (Betriebseinstellung) mit Zwangsgeldandrohung nicht mehr möglich, so kann selbst ein im Anschluss an einen vergangenen Verstoß bereits festgesetztes Zwangsgeld nicht mehr beigetrieben und ein mit der Festsetzung erneut angedrohtes Zwangsgeld nicht mehr festgesetzt und beigetrieben werden. Das ergibt sich zum einen aus der Funktion des Zwangsgeldes als reines Beugemittel ohne Strafcharakter, mit dem der Pflichtige zu der auferlegten Unterlassung veranlasst werden soll (vgl. SächsOVG, Urt. v. 11. Dezember 2019 - 4 A 1219/17 -, juris Rn. 47 unter Bezug auf BVerwG, Urt. v. 16. Dezember 2004 - 1 C 30.03 -, BVerwGE 122, 293). Zum anderen folgt das Verbot weiterer Vollstreckungsmaßnahmen in derartigen Fällen aus § 19 Abs. 5 Satz 2 SächsVwVG, wonach zur Erzwingung einer Unterlassung Zwangsmittel nicht mehr angewandt werden dürfen, wenn eine weitere Zuwiderhandlung nicht mehr zu befürchten ist (anders zum dortigen Landesrecht: OVG NRW, Beschl. v. 17. Mai 2017

- 4 A 2359/15 -, juris Rn. 8 f.; OVG Saarland, Urt. v. 27. November 2001 - 2 R 9/00 -, juris Rn. 29).

- 4 Ein Rechtsschutzbedürfnis für die Aufrechterhaltung der Klage gegen Nummern 1 und 2 des angegriffenen Bescheids ist auch nicht deshalb anzunehmen, weil die Klägerin die Untersagungsverfügung hinsichtlich vergangener Zeiträume, in denen sie sich als Dauerverwaltungsakt fortlaufend erledigt hat, der gerichtlichen Überprüfung zuführen könnte (vgl. BVerwG, Urt. v. 20. Juni 2013 - 8 C 17.12 -, juris Rn. 20). Zulässige Klageart wäre insoweit nicht die Anfechtungs-, sondern die Fortsetzungsfeststellungsklage. Die Klägerin hat indes trotz zweimaliger Anfrage durch den Senat weder die Umstellung auf einen Fortsetzungsfeststellungsantrag in Aussicht gestellt, noch hat sie - wie erforderlich - dargelegt, dass sie an der gerichtlichen Überprüfung auch insoweit ein berechtigtes Interesse hat (§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO).
- 5 2. Im Übrigen - hinsichtlich der in Nummer 5 des angefochtenen Bescheids festgesetzten Verwaltungskosten - ist die Klage zulässig. Die von der Klägerin geltend gemachten Zulassungsgründe ergeben aber nicht, dass das Verwaltungsgericht zu Unrecht die hier inzident zu prüfende Rechtmäßigkeit der Untersagungs- und Schließungsverfügung bejaht hat.
- 6 Das fristgemäße Vorbringen der Klägerin im Verfahren auf Zulassung der Berufung, auf dessen Prüfung der Senat gemäß § 124a Abs. 4 Satz 4 und Abs. 5 Satz 2 VwGO beschränkt ist, ergibt nicht, dass zumindest einer der geltend gemachten Zulassungsgründe vorliegt. Die von der Klägerin geltend gemachten Zulassungsgründe der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des Urteils, der besonderen tatsächlichen oder rechtlichen Schwierigkeiten der Rechtssache und der geltend gemachte Verfahrensmangel liegen nicht vor.
- 7 2.1. Eine Zulassung der Berufung folgt nicht aus der Geltendmachung von Verfahrensfehlern i. S. v. § 124a Abs. 2 Nr. 5 VwGO, konkret wegen des Übergehens von Ablehnungsgesuchen.
- 8 Die Rüge der unrichtigen Ablehnung eines Befangenheitsgesuchs ist ausnahmsweise beachtlich, wenn die zurückweisende Entscheidung zugleich gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verstößt. Dies ist nur dann der Fall, wenn mit ihr die Verletzung der verfassungsrechtlichen Garantie einer vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG geltend gemacht wird - also wenn für die Besetzung des Gerichts willkürliche oder manipulative Erwägungen maßgeblich waren und die

Beteiligten so unter Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ihrem gesetzlichen Richter entzogen wurden (vgl. OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 24. August 2009 - 5 N 2.08 -, juris Rn. 3; BayVG, Beschl. v. 6. März 2008 - 15 ZB 07.429 -, juris Rn. 17; ferner für das Revisionsverfahren BVerwG, Beschl. v. 15. Mai 2008 - 2 B 77.07 -, juris Rn. 6).

- 9 Die Klägerin rügt im Wesentlichen, es liege ein wesentlicher Verfahrensfehler darin, dass die an der mündlichen Verhandlung am 23. Juni 2020 teilnehmenden Richter zeitlich vor Beginn der mündlichen Verhandlung wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden seien. Dieses Ablehnungsgesuch sei durch Beschluss vom 23. Juni 2020 abgelehnt worden. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung sei der Vorsitzende Richter zudem abgelehnt worden, nachdem dieser nicht zugelassen habe, die Gründe der Ablehnung zu vertiefen. Schließlich sei der Vorsitzende Richter ein weiteres Mal abgelehnt worden, nachdem sich der Prozessvertreter der Klägerin wegen der fehlenden Entscheidung über die Ablehnungsgesuche in der Sache nicht habe äußern und dieses Verhalten insbesondere den ehrenamtlichen Richtern habe erläutern wollen und ihm daraufhin vom Vorsitzenden Richter das Wort entzogen worden sei. Ein erheblicher Verfahrensfehler liege darin, dass eine Entscheidung der drei Berufsrichter in eigener Sache unter Verletzung von § 45 Abs. 1 ZPO vorliege, zudem sei das klageabweisende Urteil unter Beteiligung des Vorsitzenden Richters M.. ergangen, der in der mündlichen Verhandlung mehrfach wegen der Besorgnis der Befangenheit vor dem Hintergrund von bewussten und gewollten willkürlichen Verfahrensfehlern zum Nachteil der Klägerin abgelehnt worden sei, ohne dass über die Befangenheitsersuchen entschieden worden wäre. Die Richter hätten die mündliche Verhandlung nicht beginnen dürfen, ohne dass über die drei Befangenheitsersuchen durch diejenigen Richter, die hiermit nach der im Voraus festgelegten Geschäftsverteilung zuständig gewesen wären, entschieden worden wäre. Wären die Befangenheitsersuchen abgelehnt worden, hätten die Richter die mündliche Verhandlung eröffnen und durchführen können - jedenfalls vorbehaltlich weiterer Befangenheitsersuchen. Die drei Richter M., L..... und G..... hätten indessen in dem Zustand, dass sie förmlich zu Protokoll der Geschäftsstelle wegen der Besorgnis der Befangenheit abgelehnt worden wären, was zulässig sei, die mündliche Verhandlung eröffnet und durchgeführt. Damit sei der Anspruch der Klägerin auf den gesetzlichen Richter grob verletzt worden. Dasselbe gelte bezüglich der Tatsache, dass über die Befangenheitsersuchen gegen den Vorsitzenden Richter M., die in der mündlichen Verhandlung gestellt worden seien, überhaupt nicht entschieden worden sei. Auch damit liege ein wesentlicher Verfahrensfehler vor, der die Zulassung der Berufung

bedinge. In dem Übergehen eines Befangenheitsantrages liege genauso ein wesentlicher Verfahrensverstoß wie in der Entscheidung in eigener Sache.

- 10 Aus dem Inhalt der Gerichtsakte ergibt sich, dass die Klägerin zunächst - vor der mündlichen Verhandlung zur Niederschrift in der Geschäftsstelle - ein erstes Ablehnungsgesuch angebracht und darin geltend gemacht hatte, dass durch das Gericht im Vorfeld der mündlichen Verhandlung nur ihr, nicht aber dem Beklagten, eine Frist zur Darlegung der Tatsachen, durch deren Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung im Verwaltungsverfahren sie sich beschwert fühlt, gesetzt und sie aufgefordert habe, in der gleichen Frist Beweismittel zu bezeichnen, auf die sie die Klage stützen wolle. Diese einseitige Fristsetzung verdeutliche die einseitige Bevorzugung einer Partei. Parallel zum Anbringen dieses Gesuchs erfolgte der Aufruf der Sache zur mündlichen Verhandlung und das dortige Erscheinen des Prozessbevollmächtigten der Klägerin, so dass erst im Rahmen einer Unterbrechung der Sitzung die Niederschrift des ersten Ablehnungsgesuchs ausgedruckt und vom Prozessvertreter der Klägerin mit dem Vermerk „Fortsetzung folgt“ unterschrieben und zur Gerichtsakte gereicht wurde. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung wurde dieser Antrag ausweislich der Sitzungsniederschrift vom 23. Juni 2020 um rechtliche Erwägungen im Hinblick auf den mit der Klage angefochtenen Bescheid ergänzt.
- 11 Das zweite Ablehnungsgesuch hat der Prozessvertreter der Klägerin ausweislich der Sitzungsniederschrift damit begründet, dass ihm bereits zu Anfang eines Diktats das Wort mit der Begründung, das Befangenheitsrecht werde zur Mitteilung von Rechtsansichten missbraucht, entzogen worden sei, was verdeutliche, dass der Vorsitzende Richter nicht gewillt sei, der Klägerin und ihrem Prozessvertreter das rechtliche Gehör zu gewähren. Ein Entzug des Wortes sei grotesk willkürlich. Bezug genommen wurde ferner auf ein abgeschlossenes Eilverfahren zu einer identischen Problematik.
- 12 Bezogen auf das dritte Ablehnungsgesuch ergibt sich aus der Sitzungsniederschrift:

„Rechtsanwalt K..... erklärt, sein Ziel ist, dass die Richterbank ausgewechselt wird.
 Rechtsanwalt K..... erklärt, er brauche weitere Zeit und möchte keinen Sachantrag stellen.
 Der Vertreter des Beklagten beantragt, die Klage abzuweisen.
 Die Sitzung wird unterbrochen um 15.07 Uhr bis 15.20 Uhr.
 Die Sitzung wird in unveränderter Besetzung fortgesetzt.
 Rechtsanwalt K..... erklärt, keinen Sachantrag zu stellen.
 Rechtsanwalt K..... wird das Wort entzogen.
 Rechtsanwalt K..... möchte einen Befangenheitsantrag stellen.

Der Beklagtenvertreter verweist auf den Bescheid und Widerspruchsbescheid.

Rechtsanwalt K..... möchte dem Gericht das Gesetz vorlesen.

Rechtsanwalt K..... stellt einen weiteren Antrag, den Vorsitzenden Richter wegen Befangenheit abzulehnen."

- 13 Diese Befangenheitsanträge blieben ausweislich des verwaltungsgerichtlichen Beschlusses vom 23. Juni 2020 ohne Erfolg; das Verwaltungsgericht hat darin „die Befangenheitsgesuche der Klägerin gegen den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht M.. sowie diesen, den Richter am Verwaltungsgericht L..... sowie die Richterin G..... ... als offensichtlich unzulässig verworfen“. Zur Begründung hat das Verwaltungsgericht ausgeführt, dass das vor Aufruf der Sache in der Rechtsantragstelle begonnene Ablehnungsgesuch inhaltlich bereits den Ausführungen in einem Schriftsatz der Klägerin vom 12. Juni 2020 entspreche, wobei diesbezüglich dem Prozessvertreter in der mündlichen Verhandlung mitgeteilt worden sei, dass damit ein bescheidungsfähiges Befangenheitsgesuch explizit nicht angebracht worden sei, wie dieser in der mündlichen Verhandlung bestätigt habe. Mit dem genannten Ablehnungsgesuch seien die namentlich benannten berufsrichterlichen Mitglieder der für die seit längerem anberaumte mündliche Verhandlung zuständigen Sitzgruppe des Spruchkörpers pauschal abgelehnt worden, obwohl die in Bezug genommene Maßnahme ohne weiteres erkennbar nur vom Vorsitzenden erlassen worden sei. Schließlich sei das Gesuch - trotz reichlich Gelegenheit vorher - bescheidungsfähig erst zu diesem Zeitpunkt angebracht worden, um die mündliche Verhandlung und eine Entscheidung durch das Gericht zu verhindern oder mindestens zu verzögern. Dieses Gesuch sei als offensichtlich unzulässig zu verwerfen, wobei es hierfür weder der Einholung dienstlicher Stellungnahmen noch der Vorlage an Vertreter bedurft habe. Das Gericht gehe davon aus, dass dieses Befangenheitsgesuch i. S. v. § 54 Abs. 1 VwGO i. V. m. § 47 Abs. 2 Satz 1 ZPO erstmals während der Verhandlung erfolgt sei, eine frühere Entscheidung über die Ablehnung hätte eine Vertagung der Verhandlung erfordert. Das Gericht habe im Hinblick auf die Verfahrensweise des Bevollmächtigten der Klägerin keine Zweifel daran, dass er nicht wirklich Tatsachen habe mitteilen wollen, die - objektiv betrachtet - geeignet gewesen wären, von der Voreingenommenheit des Gerichts auszugehen. Es sei ihm ausschließlich darum gegangen, die mündliche Verhandlung und eine Entscheidung des Gerichts zu verhindern oder zumindest zu verzögern. Die weiteren in der mündlichen Verhandlung gestellten Befangenheitsgesuche der Klägerin gegen den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht M., den Richter am Verwaltungsgericht L..... sowie die Richterin G..... seien offensichtlich rechtsmissbräuchlich und von daher unzulässig. Es habe damit weder der Einholung dienstlicher Stellungnahmen noch der Vorlage an Vertreter

bedurft. Weder in der Niederschrift der Urkundsbeamtin vom heutigen Tag, dem Vortrag der Klägerin in der mündlichen Verhandlung noch dem Schriftsatz vom 1. Juni 2020 ließen sich auch nur ansatzweise Gründe i. S. v. § 42 Abs. 2 ZPO entnehmen. Die Klägerin begründe in verschiedenen Konstellationen die Gesuche sinngemäß mit der Einleitung, dass den abgelehnten Richtern Folgendes bekannt sei und führe dann die eigene Rechtsansicht weitschweifend aus. Wenn ein Beteiligter meine, das Gericht werde seinen Rechtsansichten nicht folgen, lasse sich daraus jedoch nach keinem denkbaren Gesichtspunkt eine Voreingenommenheit ableiten. Vielmehr sei es gerade Aufgabe des Gerichts, eine Rechtsauffassung zu entwickeln. Es sei unabhängig vom Umfang ihrer Darlegungen nicht an die Auffassung einer Partei gebunden. Keiner der Beteiligten habe einen Anspruch auf eine ihm opportun erscheinende Gerichtsbesetzung. Auch die weiteren von der Klägerin sichtlich nur in Verzögerungsabsicht erhobenen Befangenheitsgesuche und die dabei dargetanen Gründe seien nicht ansatzweise geeignet, in eine entsprechende Prüfung einzutreten. Den Beteiligten das Wort zu erteilen und zu entziehen und dabei dafür zu sorgen, dass die Verhandlung bei der Sache bleibe und zügig durchgeführt werde, sei Aufgabe des Vorsitzenden und gehöre damit zum gewöhnlichen Verfahrensgang. Die Beteiligung der Richter an früheren Entscheidungen sei grundsätzlich nicht geeignet, eine Befangenheit zu begründen, es gebe im Übrigen auch zwischen dem Umfang gerichtlicher Entscheidungen und dem Umfang von Beteiligtenvortrag keine Korrelation. Der stete Gebrauch von Begriffen wie „Willkür“ bzw. „Rechtsbeugung“ in Bezug auf tatsächliche oder behauptete Handlungen der Richter in diesem oder anderen Verfahren nebst der Anbringung von dies wohl steigern sollender Adjektive, sei seitens des Rechtsanwalts nicht in einem Sinn erfolgt, mit dem diese Worte sonst in der deutschen Rechtssprache gebraucht würden. Es gebe daher auch keine Möglichkeit, sich mit der Auffassung der Klägerin auseinanderzusetzen.

- 14 Das Zulassungsvorbringen rechtfertigt nicht die Zulassung der Berufung. Ein Rechtsmittel hat nicht allein wegen eines Fehlers, der der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch nach § 54 Abs. 1 VwGO in Verbindung mit § 45 Abs. 1 ZPO durch die abgelehnten Richter der Vorinstanz anhaftet, Erfolg. Vielmehr hat ein mit dieser Begründung angefochtenes Urteil Bestand, wenn die Richterablehnung bei ordnungsgemäßer Bescheidung in der Sache keinen Erfolg hätte haben können (vgl. BVerwG, Urt. v. 5. Dezember 1975 - 6 C 129.74 -, juris Rn. 10; BFH, Beschl. v. 7. August 1992 - XI S 5/92 -, juris Rn. 14).

- 15 Gemessen daran liegt ein Verfahrensfehler i. S. v. § 124a Abs. 2 Nr. 5 VwGO nicht vor. Die Klägerin hat in ihrem Zulassungsvorbringen schon die Ablehnungsgründe weder substantiiert vorgetragen noch substantiiert dargelegt, aus welchen Gründen die Ablehnungsgesuche entgegen der Auffassung der Vorinstanz zulässig gewesen sein sollten (vgl. zu den Anforderungen des dem § 54 Abs. 1 VwGO entsprechenden § 51 Abs. 1 FGO: BFH, Beschl. v. 10. März 2000 - I R 112/98 -, juris Rn. 24). So fehlt eine Auseinandersetzung mit den Erwägungen des Verwaltungsgerichts dahingehend, dass das erste Ablehnungsgesuch nicht bereits vor, sondern erst in der mündlichen Verhandlung vollständig angebracht wurde. Dass auch angesichts der vom Verwaltungsgericht im Beschluss dargelegten Gründe „willkürliche oder manipulative Erwägungen für die Fehlerhaftigkeit des als Mangel gerügten Vorgangs bestimmend gewesen sind“, ergibt sich aus dem Zulassungsvorbringen nicht. Die Klägerin hat zwar im Zulassungsvorbringen den Ablauf vor und den Verlauf in der mündlichen Verhandlung aus ihrer Sicht dargelegt, sie hat jedoch weder eine Protokollberichtigung beantragt noch sonst eine Unrichtigkeit der Sitzungsniederschrift geltend gemacht, so dass bezogen auf die für die Verhandlung vorgeschriebenen Förmlichkeiten grundsätzlich der Inhalt der Sitzungsniederschrift maßgeblich ist, § 105 VwGO i. V. m. § 165 Satz 1 ZPO.
- 16 Die Klägerin hat auch sonst nicht dargetan, dass von einer auf Willkür beruhenden Entscheidung zu sprechen ist, also die Entscheidung des Gerichts bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken schlechterdings nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist. Eine solche Bewertung erschließt sich dem Senat auch unabhängig vom Vorbringen der Klägerin im Zulassungsverfahren nicht.
- 17 Im Verwaltungs- und Zivilprozessrecht gilt ebenso wie im Strafprozessrecht, dass bei strenger Beachtung der Voraussetzungen des gänzlich untauglichen oder rechtsmissbräuchlichen Ablehnungsgesuchs eine Entscheidung des abgelehnten Richters selbst mit der Verfassungsgarantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht in Konflikt gerät, weil die Prüfung keine Beurteilung des eigenen Verhaltens des abgelehnten Richters voraussetzt und deshalb keine Entscheidung in eigener Sache ist. Ein vereinfachtes Ablehnungsverfahren soll indes nur echte Formalentscheidungen ermöglichen oder einen offensichtlichen Missbrauch des Ablehnungsrechts verhindern, was eine enge Auslegung der Voraussetzungen gebietet. Völlige Ungeeignetheit ist anzunehmen, wenn für eine Verwerfung als unzulässig jedes Eingehen auf den Gegenstand des Verfahrens selbst entbehrlich ist. Hierfür werden regelmäßig nur

solche Gesuche in Betracht kommen, die Handlungen des Richters beanstanden, welche nach der Prozessordnung vorgeschrieben sind oder sich ohne weiteres aus der Stellung des Richters ergeben. Unzulässig ist ein Ablehnungsgesuch daher, wenn der Ablehnende die bloße Tatsache beanstandet, ein Richter habe an einer Vor- oder Zwischenentscheidung mitgewirkt. Unzulässig ist das Gesuch auch, wenn sich der Richter an den von der Prozessordnung vorgeschriebenen Verfahrensgang hält, der Ablehnende aber eine Änderung begehrt. Grundsätzlich wird also eine Verwerfung als unzulässig nur dann in Betracht kommen, wenn das Ablehnungsgesuch für sich allein - ohne jede weitere Aktenkenntnis - offenkundig eine Ablehnung nicht zu begründen vermag. Ist hingegen ein - wenn auch nur geringfügiges - Eingehen auf den Verfahrensgegenstand erforderlich, scheidet die Ablehnung als unzulässig aus. Eine gleichwohl erfolgende Ablehnung durch den abgelehnten Richter selbst ist dann willkürlich. Über eine bloß formale Prüfung hinaus darf sich der abgelehnte Richter nicht durch Mitwirkung an einer näheren inhaltlichen Prüfung der Ablehnungsgründe zum Richter in eigener Sache machen (BVerfG, Beschl. v. 11. März 2013 - 1 BvR 2853/11 -, juris Rn. 30). Da die Befangenheitsregelungen des § 54 Abs. 1 VwGO i. V. m. §§ 42 ff. ZPO jedoch nicht vor fehlerhafter Verfahrensführung oder Sachentscheidung, sondern vor persönlicher Voreingenommenheit des Richters schützen sollen, ist die Berufung auf tatsächliche oder vermeintliche Verfahrens- oder Rechtsanwendungsfehler für sich genommen nicht geeignet, einen Ablehnungsgrund darzutun (BVerwG, Beschl. v. 16. März 2021 - 3 BN 2.21 -, juris Rn. 2). Zusätzlich müssen konkrete Umstände vorgetragen werden, die darauf hindeuten können, dass die gerügten Mängel nicht nur auf einer fehlerhaften Rechtsauffassung, sondern auf einer persönlichen Voreingenommenheit des abgelehnten Richters oder auf Willkür beruhen (BVerwG, Beschl. v. 16. März 2021 a. a. O.; v. 12. August 2020 - 8 PKH 8.20 - juris Rn. 2).

- 18 Gemessen daran hätte die Richterablehnung im ersten Ablehnungsgesuch auch bei ordnungsgemäßer Bescheidung in der Sache keinen Erfolg haben können, weil ein Ablehnungsgrund offensichtlich nicht vorlag. Bezogen auf die zur Niederschrift in der Geschäftsstelle dargelegten Gründe ist festzustellen, dass der Vorsitzende der Klägerin im gerichtlichen Schreiben vom 30. April 2020 eine Frist zur Angabe der Tatsachen, durch deren Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung im Verwaltungsverfahren sie sich beschwert fühlt, gesetzt und sie aufgefordert hatte, in der gleichen Frist Beweismittel zu bezeichnen, auf die sie die Klage stützen will. Ersteres sieht § 87b Abs. 1 Satz 1 VwGO ausdrücklich vor. Eine entsprechende Aufforderung kann nach der Vorschrift allein gegenüber dem Kläger ergehen, sodass

der Vorsitzende eine entsprechende Aufforderung an den Beklagten gar nicht hätte richten dürfen. Dem Beklagten, der das Verwaltungsverfahren führt, eine Frist dafür zu setzen, Tatsachen anzugeben, durch deren Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung im Verwaltungsverfahren er sich beschwert fühlt, wäre auch ersichtlich sinnlos. Zweiteres sieht die Prozessordnung ebenfalls vor (§ 87b Abs. 2 Nr. 1 VwGO); eine Frist zur Angabe von Beweismitteln kann gegenüber dem Kläger und anderen Beteiligten gesetzt werden. Wenn der Vorsitzende von dieser Vorschrift gegenüber einem Beteiligten Gebrauch macht, liegt dies in seinem Ermessen und kann die Besorgnis der Befangenheit regelmäßig nicht rechtfertigen. Der Grundsatz der Waffengleichheit gebietet es nicht, von den in der Prozessordnung gegebenen Möglichkeiten gegenüber den Beteiligten in gleicher Weise Gebrauch zu machen. Soweit die Klägerin zur Darlegungs- und Beweislast eine andere Auffassung als das Verwaltungsgericht vertritt, setzt sie nur ihre eigene Rechtsauffassung der des Verwaltungsgerichts entgegen. Aus einer abweichenden Rechtsauffassung der Richter der Kammer ergeben sich indes keine Anhaltspunkte für eine Befangenheit. Darüber hinaus ist § 44 Abs. 4 Satz 2 ZPO zu beachten, wonach das Ablehnungsgesuch unverzüglich anzubringen ist. Dass es der Klägerin nicht möglich war, die von ihr basierend auf dem gerichtlichen Schreiben vom 30. April 2020 gerügte Voreingenommenheit bereits früher anzubringen - worauf auch das Verwaltungsgericht in seinem Beschluss vom 23. Juni 2020 hinweist - trägt sie nicht vor und erschließt sich dem Senat auch sonst nicht. Ein nicht unverzüglich angebrachtes Ablehnungsgesuch ist unzulässig, so dass auch unter diesem Aspekt das Ablehnungsgesuch in der Sache keinen Erfolg haben konnte.

- 19 Auch die in der Sitzungsniederschrift protokollierten weiteren Gründe für die Richterablehnung, wonach sinngemäß ausgehend von einer abweichenden Rechtsansicht nach Auffassung der Klägerin Ermittlungen durch das Verwaltungsgericht geboten gewesen wären, rechtfertigen eine Richterablehnung nicht, da das Richterablehnungsverfahren nicht gegen (angeblich) unrichtige Rechtsansichten des Richters und im Übrigen auch nicht gegen (angeblich) unzutreffende oder unzureichende Ermittlung des Sachverhalts durch den Richter schützt; nur bei leicht feststellbarer und gravierender Fehlerhaftigkeit, die den Schluss auf unsachliche Erwägungen oder unsachliche Einstellung des Richters erlaubt, kann ausnahmsweise die Besorgnis der Befangenheit gerechtfertigt sein (BFH, Beschl. v. 22. September 1999 - VII B 109/99 -, juris Rn. 5, m. w. N.). Eine solche leicht feststellbare und gravierende Fehlerhaftigkeit hat die Klägerin weder im Rahmen der mündlichen Verhandlung noch mit der Zulassungsbegründung dargelegt.

- 20 Auch für die in der Zulassungsbegründung dargelegten weiteren Ablehnungsgesuche (gerichtet jeweils gegen den Vorsitzenden Richter) wird in der Begründung ein wesentlicher Verfahrensfehler mit der Folge einer Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht dargelegt. Fehlt es der Klägerin bereits mit der die Begründung ausschließlich tragenden Annahme, dass über diese Gesuche vor Erlass des Urteils nicht entschieden worden sei und im Übergehen der Ablehnungsgesuche ein wesentlicher Verfahrensverstoß liege. Dabei übersieht sie, dass der Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 23. Juni 2020 nicht nur das Ablehnungsgesuch gegen den gesamten Senat, sondern auch die weiteren, ausschließlich gegen den Vorsitzenden Richter am Verwaltungsgericht M.. gerichteten Gesuche umfasste. Dies ergibt sich sowohl aus dem Beschlusstenor als auch aus den Gründen, in denen ausgeführt wird, dass es Aufgabe des Vorsitzenden ist und damit zum gewöhnlichen Verfahrensgang gehört, den Beteiligten das Wort zu erteilen und zu entziehen sowie dafür zu sorgen, dass die Verhandlung bei der Sache bleibt und zügig durchgeführt wird. Das von der Klägerin gerügte Übergehen der Ablehnungsgesuche trägt daher nicht.
- 21 Darüber hinaus fehlt im Zulassungsvorbringen ein substantiierter Vortrag, aus welchen Gründen die Ablehnungsgesuche gegen den Vorsitzenden entgegen der Auffassung der Vorinstanz zulässig gewesen sein sollen. Zudem setzt sich die Klägerin nicht mit den vom Verwaltungsgericht in seinem Beschluss vom 23. Juni 2020 zugrunde gelegten Verhandlungsführungskompetenzen eines vorsitzenden Richters auseinander. Allein die Darlegung des Verhandlungsablaufs aus Sicht des Prozessvertreters der Klägerin stellt insofern keinen substantiellen Vortrag im Hinblick auf die Zulässigkeit eines Ablehnungsgesuchs dar. Aus diesem Zulassungsvortrag ergibt sich auch sonst nicht, dass von einer auf Willkür beruhenden Entscheidung zu sprechen ist, also die Entscheidung des Gerichts bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken schlechterdings nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist.
- 22 2.2. Das Zulassungsvorbringen zeigt auch keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung i. S. v. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO auf. Solche bestehen dann, wenn der Antragsteller des Zulassungsverfahrens einen tragenden Rechtssatz oder eine erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten so in Frage stellt, dass der Ausgang des Berufungsverfahrens als ungewiss zu beurteilen ist (SächsOVG, Beschl. v. 8. Dezember 2019 - 6 A 740/19 -, juris Rn. 3; st. Rspr.). Das leistet die Antragsbegründung nicht.

- 23 Das Verwaltungsgericht hat im Urteil vom 23. Juni 2020 ausgeführt, dass die Klage unzulässig sei, da der Klägerin für das Verfahren das Rechtsschutzinteresse fehle. Der für sie erschienene Rechtsanwalt habe sich trotz Hinweises und mehrfacher Aufforderung geweigert, in der mündlichen Verhandlung einen Antrag zu stellen. Entgegen der für solche Fälle in der verwaltungsprozessrechtlichen Literatur auch vertretenen Meinung, wonach darin eine Klagerücknahme zu sehen sei, sei die Klage als unzulässig abzuweisen. Das Stellen von Sachanträgen sei in einem gerichtlichen Streitverfahren eine unabdingbare Notwendigkeit, wie die Regelung des § 103 Abs. 3 VwGO zeige. Lehne es ein Beteiligter ab, dem Rechnung zu tragen, und stelle er keinen Antrag, sei das Gericht nicht befugt, von sich aus über früher angekündigte Anträge von Amts wegen zu entscheiden. Vielmehr fehle es damit an einem zwingend vorgeschriebenen Erfordernis der Klage, was dazu führe, dass diese unzulässig werde.
- 24 Die Klägerin macht demgegenüber geltend: Die Klageabweisung als unzulässig wegen eines angeblich fehlenden Rechtsschutzinteresses sei unter keinem denkbaren Aspekt vertretbar. Unabhängig davon, ob die Klägerin vor dem Hintergrund, dass sie sich nicht in eine mündliche Verhandlung mit Berufsrichtern eingelassen habe, die sie (mehrfach) wegen der Besorgnis der Befangenheit vor Beginn der mündlichen Verhandlung abgelehnt habe, dann noch hilfsweise Klageanträge in der mündlichen Verhandlung hätte stellen können oder gar müssen, um die Klage nicht unzulässig werden zu lassen, habe sie jedenfalls schriftlich Klageanträge mit dem Schriftsatz vom 11. Oktober 2019 gestellt, die das Gericht hätte bescheiden müssen.
- 25 Das Sächsische Obergerverwaltungsgericht (Beschl. v. 4. Februar 2016 - 2 A 385/14.NC -, juris Rn. 8 ff.) hat in einem vergleichbaren Fall die Abweisung der Klage als unzulässig bestätigt, nachdem der Prozessbevollmächtigte des dortigen Klägers in der mündlichen Verhandlung trotz Aufforderung keinen Sachantrag gestellt hat:

¹⁸ Gemäß § 103 Abs. 3 VwGO erhalten die Beteiligten im Rahmen der mündlichen Verhandlung das Wort, um ihre Anträge zu stellen und zu begründen. Das bedeutet zwar nicht, dass ein ausdrücklicher Klageantrag in jedem Fall zwingend gestellt werden muss, wenn das Klagebegehren (§ 88 VwGO) aus der Klageschrift oder dem sonstigen Akteninhalt hinreichend klar und widerspruchsfrei hervorgeht. Entsprechendes gilt für den Fall, dass ein Beteiligter zum Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienen ist; es gilt dann sein Antrag aus den vorbereitenden Schriftsätzen auch für die mündliche Verhandlung als gestellt (allg. Auffassung, vgl. etwa Kopp/Schenke, VwGO, 21. Aufl., § 103 Rn. 8 m. w. N.).

⁹ Hiervon zu unterscheiden ist indessen die Konstellation, dass ein Beteiligter bzw. dessen Prozessbevollmächtigter zwar zur mündlichen

Verhandlung erscheint, sich jedoch - auch nach Aufforderung - weigert, einen Antrag zu stellen. Die Klage ist dann als unzulässig abzuweisen, da nicht feststeht, dass der Kläger ein Rechtsschutzbedürfnis an einer Sachentscheidung hat (vgl. Kopp/Schenke, a. a. O. § 103 Rn. 8; Doderer, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 4. Aufl., § 103 Rn. 47; Ortloff/ Riese, in: Schoch/ Schröder/ Bier, VwGO, Stand März 2015, § 103 Rn. 48; OVG Berlin, Urt. v. 21. Juli 1967, NJW 1968, 1004 [unterbliebene Antragstellung bei beabsichtigter Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs]; VG Gera, Urt. v. 6. Februar 2003 - 4 K 15/00.GE -, juris; BayVGh, Beschl. v. 28. Januar 2009 - 15 ZB 08.3062 -, juris; VG München, Urt. v. 12. Mai 2011 - M 12 K 10.4504 -, juris; a. A. Redeker/von Oertzen, VwGO, 16. Aufl., § 103 Rn. 8: Klagerücknahme).

- ¹⁰ Entgegen der vom Kläger vertretenen Auffassung scheidet ein Rückgriff auf die vorbereitenden Schriftsätze zur Ermittlung des Klagebegehrens mit dem Ziel der Ersetzung des in der Verhandlung nicht gestellten Sachantrags aus, wenn dies - wie vorliegend - dem ausdrücklich erklärten anderslautenden Willen des Klägers widerspricht. Der Prozessbevollmächtigte des Klägers hat in der mündlichen Verhandlung (vgl. Protokoll S. 6) erklärt, er sehe sich zur Antragstellung außer Stande, da er sich sonst des Rechts aus der Befangenheitsrüge begeben würde (im Hinblick auf die beim Verfassungsgericht anhängige Beschwerde mit Eilantrag). Hierdurch hat der Kläger zudem zu erkennen gegeben, dass er im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung wegen der seiner Ansicht nach nicht vorschriftsmäßigen Besetzung der Kammer keine Entscheidung des Rechtsstreits in der Sache wünsche, und (auch) deshalb keinen Antrag stelle. Das Verwaltungsgericht hat hiervon ausgehend zutreffend angenommen, dass die Stellung eines Sachantrags bewusst unterbleiben sollte. Es war deshalb daran gehindert, seiner Entscheidung gegen den erklärten Willen des Klägers dessen schriftsätzlich angekündigten Antrag zugrunde zu legen.
- ¹¹ An einer solchen Verfahrensweise war das Verwaltungsgericht entgegen der Auffassung des Klägers nicht deshalb gehindert, weil dem Kläger vorliegend aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls eine Antragstellung nicht zuzumuten gewesen wäre. Die vom Kläger zur Begründung herangezogene Bestimmung des § 43 ZPO i. V. m. § 54 VwGO - die das Verwaltungsgericht im Übrigen berücksichtigt hat - regelt den Verlust des Ablehnungsrechts wegen der Besorgnis der Befangenheit, wenn sich ein Beteiligter bei dem betreffenden Richter in eine Verhandlung eingelassen oder Anträge gestellt hat, ohne den ihm bekannten Ablehnungsgrund geltend zu machen. Die Beschränkung dient der schnellen und endgültigen Klärung der weiteren Mitwirkung des betreffenden Richters nach dem Bekanntwerden des mutmaßlichen Ablehnungsgrundes (vgl. Vossler, in: Vorwerk/Wolf, BeckOK ZPO, 19. Aufl., § 43 Rn. 1), um einen andernfalls entstehenden Schwebezustand zu verhindern. Die Bestimmung ist vorliegend indes nicht einschlägig, da für den Kläger nicht die Gefahr bestand, sich durch Stellung eines Sachantrags seines ‚Rechts aus der Befangenheitsrüge‘ zu begeben, da ihm zum einen kein Rügerecht zur Seite stand und zum anderen selbst bei Bestehen eines solchen Rechts ein Verlust bei Stellung eines Sachantrags nicht eingetreten wäre.
- ¹² Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung keinen Befangenheitsantrag gestellt, was er indessen spätestens bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung hätte tun müssen, wenn ein Ablehnungsgrund während der

Verhandlung bekannt geworden wäre (vgl. BGH, Beschl. v. 5. Februar 2008 - VIII ZB 56/07 -, juris). Soweit der Kläger ein Rügerecht auf die von ihm zuvor gestellten Befangenheitsanträge stützt, ist über diese sämtlich vor der mündlichen Verhandlung rechtskräftig entschieden worden. Sie können schon deshalb nicht mehr Gegenstand eines Ablehnungsgesuchs wegen Befangenheit sein, das zeitlich der Entscheidung über das Ablehnungsgesuch vorgelagert ist. Ein Rügerecht folgt schließlich nicht aus dem Umstand, dass im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung eine Verfassungsbeschwerde des Klägers beim Sächsischen Verfassungsgerichtshof anhängig gemacht worden war, die die Behandlung seiner Ablehnungsgesuche durch das Verwaltungsgericht zum Gegenstand hatte. Auf die Erfolgsaussichten dieses außerordentlichen Rechtsbehelfs - der am 12. August 2014 als unzulässig verworfen wurde - konnte sich eine Antragstellung in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht rechtlich nicht auswirken, da dieser Rechtsbehelf zwei zuvor ergangene Zwischenentscheidungen des Verwaltungsgerichts zu einem abgeschlossenen Sachverhalt betraf.

- ¹³ Selbst wenn man mit dem Kläger davon ausgehen wollte, dass ihm im Hinblick auf die erhobene Verfassungsbeschwerde ein Rügerecht zur Seite stand, wäre dieses durch die Stellung eines Sachantrags nicht berührt worden. Wie bereits dargelegt, dient § 43 ZPO der Vermeidung eines Schwebezustands. Ein solcher ist jedoch nicht zu befürchten, wenn sich ein Beteiligter auf eine mündliche Verhandlung einlässt und Anträge stellt, nachdem er den Befangenheitsgrund durch die Anbringung eines entsprechenden Antrags geltend gemacht hat (vgl. Vossler, a. a. O., § 43 Rn. 11 unter Hinweis auf Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., § 43 Rn. 6). Die gegenteilige Ansicht (vgl. Gehrlein in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl., § 43 Rn. 7) teilt der Senat nicht, da sie der Bestimmung des § 47 Abs. 2 ZPO widerspricht, die mit Wirkung zum 1. September 2004 neu eingefügt wurde (Art. 1 Nr. 2 Buchst. b des Gesetzes v. 24. August 2004, BGBl. I, 2198). Hiernach kann eine mündliche Verhandlung grundsätzlich auch nach Anbringung eines Ablehnungsgesuchs fortgesetzt werden, was die Mitwirkung der ablehnenden Partei voraussetzt. Das vom Kläger zur Begründung seiner gegenteiligen Auffassung herangezogene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Juli 1992 - 5 C 51.90 - erging noch nach der alten Gesetzeslage und kann schon deshalb für die Rechtslage nach Inkrafttreten des § 47 Abs. 2 ZPO nicht fruchtbar gemacht werden. Ein etwaiges Rügerecht des Klägers wäre deshalb vorliegend mit Hilfe eines klarstellenden Hinweises auf die eingelegte Verfassungsbeschwerde gewahrt und durch die nachfolgende Stellung des Sachantrags nicht beeinträchtigt worden."

- 26 Gemessen an diesen Ausführungen sind ernstliche Zweifel nicht ausreichend vorgetragen. Zwar sind vorliegend Ablehnungsgesuche im Rahmen der mündlichen Verhandlung - bzw. nach Auffassung der Klägerin bereits vor der Verhandlung - angebracht worden, über die das Verwaltungsgericht noch nicht entschieden hatte, aber dies schließt eine Antragstellung in der Sache nicht aus. In Ansehung der im Jahr 2004 geschaffenen Regelung von § 47 Abs. 2 ZPO hat der Bundesgerichtshof (Beschl. v. 26. April 2016 - VIII ZB 47/15 -, juris Rn. 14 bis 19) ausgeführt, dass ein Verlust des Ablehnungsrechts nicht eintritt, wenn sich die Partei nach Ablehnung des Richters auf

die weitere Verhandlung einlässt. Insbesondere stehe es im Einklang mit der gesetzgeberischen Intention bei der Neufassung des § 47 ZPO im Rahmen des 1. Justizmodernisierungsgesetzes, dass ein Verlust des Ablehnungsrechts nicht eintritt, wenn sich die Partei nach Ablehnung des Richters in eine weitere Verhandlung einlässt. Nach § 47 Abs. 2 Satz 1 ZPO kann der Termin trotz des grundsätzlichen Handlungsverbotes nach § 47 Abs. 1 ZPO unter Mitwirkung des abgelehnten Richters fortgesetzt werden, wenn ein Richter während der Verhandlung abgelehnt wurde und die Entscheidung über die Ablehnung eine Vertagung der Verhandlung erfordern würde. Wird die Ablehnung für begründet erklärt, so ist der nach Anbringung des Ablehnungsgesuchs liegende Teil der Verhandlung zu wiederholen (§ 47 Abs. 2 Satz 2 ZPO). Der Partei, die bereits einen Ablehnungsantrag gestellt hat, kann es nicht zugemutet werden, sich einer Fortsetzung der Verhandlung zu verweigern, um den Verlust des Ablehnungsrechts nach § 43 ZPO zu verhindern - gleichzeitig durch ihre Verweigerung aber das Risiko einzugehen, am Prozess, der nach § 47 Abs. 2 ZPO wirksam fortgesetzt wird, nicht mehr mitgewirkt zu haben.

27 In Ansehung dieser Grundsätze ergeben sich keine ernstlichen Zweifel daraus, dass das Verwaltungsgericht die Klage als unzulässig abgewiesen hat, nachdem die Klägerin in der mündlichen Verhandlung keinen Sachantrag gestellt hat. Das Verwaltungsgericht konnte auch nicht auf die schriftsätzlich angekündigten Klageanträge zurückgreifen, da die Klägerin im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung wegen der ihrer Ansicht nach nicht vorschriftsmäßigen Besetzung der Kammer gerade keine Entscheidung des Rechtsstreits in der Sache wünschte. Dass vorliegend aus dem Umstand, dass nach ihrer Ansicht ein Ablehnungsgesuch vor der mündlichen Verhandlung zur Niederschrift der Geschäftsstelle angebracht wurde, eine andere Bewertung folgen müsste, legt der Zulassungsvortrag nicht dar. Das Vorbringen setzt sich dabei schon nicht mit der Begründung des Verwaltungsgerichts im Beschluss vom 23. Juni 2020 auseinander, wonach dieses Gesuch als erst im Rahmen der mündlichen Verhandlung gestellt anzusehen ist, was die Anwendung von § 47 ZPO rechtfertigen würde.

28 2.3. Die Antragsbegründung legt auch keine Zulassungsgründe in Form besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO dar. Solche weist eine Rechtssache auf, wenn sie voraussichtlich in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht größere, das heißt überdurchschnittliche, das normale Maß nicht unerheblich überschreitende Schwierigkeiten verursacht (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 20. April 2020 - 6 A 1182/18 -, juris Rn. 19). Selbst wenn ein Zulassungsantragsteller

die „besonderen Schwierigkeiten“ ausreichend dargelegt hat, kommt eine Zulassung der Berufung nach § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO nicht mehr in Betracht, falls eine anderweitige Klärung der Problematik während des Zulassungsverfahrens erfolgt; denn die Zulassungsvoraussetzungen müssen noch im Zeitpunkt der Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts über den Zulassungsantrag gegeben sein (NdsOVG, Beschl. v. 17. Februar 2010 - 5 LA 342/08 -, juris Rn. 10 m. w. N.).

- 29 Zur Begründung besonderer tatsächlicher oder rechtlicher Schwierigkeiten trägt die Klägerin vor, dass die Untersagungsverfügung wegen des Fehlens einer deutschen Erlaubnis wegen des fehlenden Mindestabstands der Spielhalle zu einer allgemeinbildenden Schule nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union ein grundsätzlich verbotener Eingriff in die unionsrechtlich gewährleisteten Grundfreiheiten sei, der selbst dann, wenn er einmal gerechtfertigt wäre, einer dynamischen Prüfungspflicht unterliege. Die Dienstleistungsfreiheit (und damit auch die Niederlassungsfreiheit) sei mit dem Europäischen Gerichtshof dahin auszulegen, dass „es bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer restriktiven nationalen Regelung im Bereich der Glücksspiele nicht nur auf die Zielsetzung dieser Regelung im Moment ihres Erlasses ankommt, sondern auch auf die nach ihrem Erlass zu bewertenden Auswirkungen.“ Die Gerichte müssten also die Verhältnismäßigkeit einer Beschränkung dynamisch prüfen und dabei die Auswirkungen einer Beschränkung im Hinblick auf deren zwingende Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit kontinuierlich untersuchen. Die Berufung sei zuzulassen, um eine solche dynamische Prüfung im Berufungsverfahren durchzuführen; eine dynamische Prüfung setze auch eine Prüfung aufgrund der Fakten und Darlegungen in der Berufungsinstanz zwingend voraus.
- 30 Dieses Vorbringen ist nicht geeignet, besondere Schwierigkeiten im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO zu begründen. Der Senat hat dies - in Auseinandersetzung mit im Wesentlichen inhaltsgleichem Zulassungsvortrag und in Zusammenfassung seiner bisherigen ständigen Rechtsprechung - in einem Verfahren, das eine Spielhalle betraf, die ebenso wie die streitgegenständliche den in § 18a Abs. 4 Satz 1 SächsGlStVAG normierten Mindestabstand zu einer allgemeinbildenden Schule nicht wahrte, mit Beschluss vom 1. Dezember 2021 - 6 A 613/20 - (juris Rn. 15 ff. - bezogen auf den Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel) wie folgt begründet:

¹⁵ 1.7 Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung resultieren auch nicht aus den von der Klägerin vorgetragenen Aspekten zur Unionsrechtswidrigkeit der

Mindestabstandsregelung in § 18a Abs. 4 Satz 1 SächsGlüStVAG. Dass das Kohärenzgebot gemäß Art. 56 AEUV als Prüfungsmaßstab für die unionsrechtliche Dienstleistungsfreiheit nicht nur im Bereich staatlicher Monopolregelungen relevant ist, entspricht der Ansicht des Senats (Beschl. v. 29. November 2019, a. a. O. Rn. 63). Daraus folgt aber keine Inkohärenz des Mindestabstandsgebots. Im Beschluss vom 26. Juli 2021 (a. a. O., Rn. 22 ff.) hat der Senat unter Zusammenfassung der bisherigen Rechtsprechung ausgeführt:

²² Weder aus dem Erlaubnisvorbehalt in § 24 Abs. 1 GlüStV noch aus der Heranziehung der Mindestabstandsregelung von § 18a Abs. 4 SächsGlüStVAG i. V. m. § 9 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 GlüStV ergeben sich für den Senat verfassungs- oder unionsrechtliche Bedenken (zu den Einzelheiten SächsOVG, Beschl. v. 29. November 2019 - 6 B 143/18 -, juris Rn. 59 ff., 63 ff.; v. 12. April 2019 - 3 B 75/19 -, juris Rn. 16 f.; v. 13. Dezember 2018 - 3 B 128/18 -, juris Rn. 49 ff.).

²³ Durch Abstandsregelungen zu Einrichtungen für Kinder und Jugendliche soll in einem möglichst frühen Stadium durch Vermeidung einer Gewöhnung an das Vorhandensein von Spielhallen dem Anreiz eines Glücksspiels entgegengewirkt werden. Dieses Ziel rechtfertigt den durch die Abstandsgebote hervorgerufenen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) der Antragstellerin (vgl. BVerfG, Beschl. v. 7. März 2017 - 1 BvR 1314/12 u. a. -, juris Rn. 119 ff.; BVerwG, Urt. v. 5. April 2017 - 8 C 16.16 -, juris Rn. 36 ff.; v. 16. Dezember 2016 - 8 C 4.16 -, juris Rn. 22). Die verfassungsrechtliche Zumutbarkeit für Bestandsspielhallen ist insbesondere deshalb grundsätzlich gewahrt, weil der Gesetzgeber in § 29 Abs. 4 Satz 2 GlüStV eine fünfjährige Übergangsfrist vorgesehen hat, die das Interesse der Betreiber, eine Amortisierung der im Vertrauen auf den Fortbestand der Rechtslage in die Spielhalle getätigten Investitionen zu erreichen und dabei einen angemessenen Gewinn zu erwirtschaften, Rechnung trägt (BVerwG, Urt. v. 5. April 2017 a. a. O. Rn. 48) und es den Inhabern von Bestandsspielhallen ermöglichte, sich für diese Spielhallen auf die Schließung vorzubereiten und sich Alternativstandorte zu suchen.

²⁴ Auch der damit verbundene Eingriff in die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) und Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) ist gerechtfertigt. Die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit als fundamentale Grundsätze des Vertrags dürfen nur durch Regelungen beschränkt werden, die durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und für alle im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats tätigen Personen oder Unternehmen gelten. Ferner ist die fragliche nationale Regelung nur dann gerechtfertigt, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist (vgl. z. B. EuGH, Urt. v. 9. September 2010 - C-64/08 -, juris Rn. 47). Der Schutz der Empfänger der Dienstleistung und ganz allgemein der Verbraucher sowie der

Schutz der Sozialordnung gehören zu den Zielen, die als zwingende Gründe des Allgemeinwohls angesehen werden können (EuGH, Urt. v. 21. Oktober 1999 - C-67/98 Zenatti -, juris Rn. 31). Die Spielsuchtbekämpfung und der Jugendschutz können somit Einschränkungen der Niederlassungs- oder Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen, wenn sich die hierzu getroffenen Maßnahmen im Rahmen der Erforderlichkeit halten und sie dazu beitragen, die Gelegenheiten zum Spiel vor allem auch für Jugendliche zu verringern und die Tätigkeiten im Glücksspiel in kohärenter und systematischer Weise zu begrenzen (vgl. EuGH, Urt. v. 21. Oktober 1999 - Zenatti - a. a. O. Rn. 36 f.; v. 6. November 2003 - C-243/01 Gambelli u. a. -, juris Rn. 67; v. 6. März 2007 - C-338/04 u. a. Placanica u. a. -, juris Rn. 52 f.; BVerfG, Beschl. v. 7. März 2017 a. a. O. Rn. 124). Dies ist bei Abstandsgeboten zu Schulen der Fall (BVerfG, Beschl. v. 7. März 2017 a. a. O. Rn. 124). Dem Gesetzgeber kommt hierbei auch ein Beurteilungs- und Prognosespielraum zu (EuGH, Urt. v. 8. September 2010 - C-316/07 u. a. -, juris Rn. 91 f.). Er ist nicht gezwungen, vor der Einführung von Maßnahmen eine Untersuchung vorzulegen, die ihre Verhältnismäßigkeit belegt (vgl. EuGH, Urt. v. 8. September 2010 a. a. O. Rn. 107). Soweit die Antragstellerin darauf verweist, dass nicht so sehr die Lage und der Standort, sondern mehr die Erkennbarkeit der Spielhalle für den Jugendschutz relevant sei, setzt sie lediglich ihre eigene Einschätzung an die Stelle der Einschätzung des Gesetzgebers, zeigt aber nicht auf, dass die Einschätzung des Gesetzgebers nicht mehr von seinem Beurteilungsspielraum gedeckt ist, zumal sich der Gesetzgeber - wie vom Senat im Beschluss vom 29. November 2019 (a. a. O. Rn. 68 f.) ausgeführt - für seine Einschätzung auf eine aktuelle wissenschaftliche Untersuchung stützen kann.

²⁵ Das unionsrechtliche Kohärenzerfordernis ist ebenfalls nicht verletzt. Für den hier betroffenen - nicht durch ein Monopol geregelten - Sektor des Spielhallenrechts fordert das Kohärenzgebot, dass eine die Dienstleistungsfreiheit einschränkende Regelung nicht durch eine gegenläufige mitgliedstaatliche Politik in anderen Glücksspielbereichen mit gleich hohem oder höherem Suchtpotenzial in einer Weise konterkariert werden darf, die ihre Eignung zur Zielerreichung aufhebt. Zudem darf die Zielerreichung nicht durch Ausnahmen von den Bestimmungen des Gesetzes, die wegen ihres Umfangs zu einem Ergebnis führen, das dem mit dem Gesetz verfolgten Ziel widerspricht, konterkariert werden (vgl. EuGH, Urt. v. 21. Juli 2011 - C-159/10 Fuchs u. a. -, juris Rn. 61). Damit verlangt das Kohärenzgebot aber weder eine Uniformität der Regelungen noch eine Optimierung der Zielverwirklichung oder gar eine sämtliche Glücksspielsektoren und föderale Zuständigkeiten übergreifende Gesamtkohärenz glücksspielrechtlicher Maßnahmen; Maßnahmen sind vielmehr allein im Hinblick auf die von den zuständigen Stellen des betroffenen Mitgliedstaats verfolgten Ziele und auf das von ihnen angestrebte Schutzniveau zu beurteilen (vgl. EuGH, Urt. v. 8.

September 2009 - C-42/07 -, juris Rn. 58; Urt. v. 9. September 2010 a. a. O. Rn. 95 ff.; BVerfG, Beschl. v. 7. März 2017 a. a. O. Rn. 123 f.; BVerwG, Urt. v. 26. Oktober 2017 - 8 C 14.16 -, juris Rn. 38 m. w. N.; v. 20. Juni 2013 - 8 C 10.12 -, juris Rn. 31 ff., 51 ff. m. w. N.; SächsOVG, Beschl. v. 29. November 2019 a. a. O. Rn. 65). Die Beurteilung dieser Frage ist Sache der nationalen Gerichte. Die Abstandsgebote sind konsequent am Ziel der Spielsuchtbekämpfung ausgerichtet (BVerfG, Beschl. v. 7. März 2017 a. a. O. Rn. 141; SächsOVG, Beschl. v. 29. November 2019 a. a. O. Rn. 67) und werden auch nicht durch Ausnahmen oder anderweitige Maßnahmen derart konterkariert, dass eine systematische Verfolgung der Ziele des Jugendschutzes und der Spielsuchtbekämpfung nicht mehr vorliegt. Hierzu verweist der Senat auf seinen Beschluss vom 29. November 2019 (a. a. O. Rn. 70 ff.). (...)'

- ¹⁶ Nach diesen Erwägungen, an denen der Senat festhält, ergibt sich kein Verstoß gegen § 56 AEUV. Auch die von der Klägerin behauptete fehlende Erforderlichkeit des Mindestabstands zu allgemeinbildenden Schulen, wobei die Mindestabstandsregelung anhand einer Untersuchung zur Geeignetheit und Verhältnismäßigkeit belegt sein müsse, führt zu keiner anderen Bewertung, da - wie bereits ausgeführt - die Abstandsgebote konsequent am Ziel der Spielsuchtbekämpfung ausgerichtet sind und der Gesetzgeber grundsätzlich nicht gezwungen ist, vor der Einführung von Maßnahmen eine Untersuchung vorzunehmen. Die Klägerin legt nicht dar, dass die Einschätzung des Gesetzgebers nicht mehr von seinem Beurteilungsspielraum gedeckt ist. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof haben die Gerichte eine dynamische Prüfung der Verhältnismäßigkeit durchzuführen, d. h. sie müssen die Umstände bei der Durchführung der Regelung nach ihrem Erlass berücksichtigen (EuGH, Urt. v. 30. Juni 2016 - C-464/15 -, juris Rn. 32, 36). Ebenso wie der Gesetzgeber sind aber auch die Gerichte grundsätzlich nicht gehalten, hierzu Untersuchungen durchführen zu lassen. In dem von der Klägerin herangezogenen Urteil (ein Betriebsmonopol betreffend - EuGH, Urt. v. 15. September 2011 - C-347/09 -, juris Rn. 65) waren konkrete neue Umstände (Werbung sowie Schaffung neuer Spiele) vorhanden, aus denen sich die Erforderlichkeit einer erneuten Prüfung des Monopols aufdrängen. Hier ist aber für die die gesetzliche Regelung tragenden Aspekte weder ein Wegfall ersichtlich noch werden eine möglicherweise geänderte Bewertung rechtfertigende Gesichtspunkte dargelegt oder sind sonst erkennbar.
- ¹⁷ Ein die Zielerreichung aufhebendes strukturelles Defizit lässt sich entgegen der Begründung des Zulassungsantrags auch nicht mit der unterschiedlichen Handhabung der einzelnen Vertragsparteien des Glückspielstaatsvertrags zu ihren Ausführungsbestimmungen begründen. Diese sind vielmehr Folge der föderalen Verfasstheit der Bundesrepublik; der Glücksspielsektor ist in der Gemeinschaft nicht harmonisiert (vgl. EuGH, Urt. v. 8. September 2009 a. a. O. Rn. 69). Gleiches gilt im Hinblick auf die Härtefallübergangsfristen, die (auch aus Sorge vor Entschädigungsforderungen von den Glücksspielaufsichtsbehörden einzelner Länder) großzügiger gewährt würden als von anderen (vgl. zu den Einzelheiten SächsOVG, Beschl. v. 29. November 2019 a. a. O. Rn. 70). Auch soweit die Klägerin Bedenken geltend macht, weil es an einer eindeutigen Gesetzeslage in Bezug auf Härtefallentscheidungen nach § 29 Absatz 4 Satz 4 GlüStV fehle und das Ermessen bei Erlaubnisverfahren

somit nicht hinreichend eingeschränkt sei, folgt auch daraus keine Inkohärenz. Durch die Verwaltungspraxis der Beklagten und deren Kontrolle durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit (zum Vorliegen einer besonderen Härte i. S. v. § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV vgl. SächsOVG, Beschl. v. 29. November 2019 a. a. O. Rn 43 ff.) bestehen ausreichend strukturelle Sicherungen dafür, dass die inhaltlichen Vorgaben des Glücksspielstaatsvertrages im Hinblick auf die vom Landesgesetzgeber verfolgten Ziele der Bekämpfung der Spielsucht sowie der Kanalisierung des Spielbetriebs unter Berücksichtigung schutzwürdiger grundrechtlicher Belange der Spielhallenbetreiber und geltend gemachter Härtefälle durchgesetzt werden können (vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 7. März 2017 - 1 BvR 1314/12 -, juris Rn. 186)."

- 31 Zu einer anderweitigen Beurteilung sieht der Senat mangels neuen und bislang ungeprüften Vortrags keinen Anlass.
- 32 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.
- 33 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 63 Abs. 2 Satz 1, § 47 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1, § 52 Abs. 1 GKG i. V. m. Nr. 54.1 und Nr. 1.7.2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit.
- 34 Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO, § 68 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
Dehoust

Groschupp

Guericke