

Az.: 6 B 225/20
2 L 314/20



SÄCHSISCHES OBERVERWALTUNGSGERICHT

Beschluss

In der Verwaltungsrechtssache

der

- Antragstellerin -
- Beschwerdeführerin -

prozessbevollmächtigt:

gegen

den Freistaat Sachsen
vertreten durch die Landesdirektion Sachsen
09105 Chemnitz

- Antragsgegner -
- Beschwerdegegner -

wegen

Untersagungsverfügung Spielhalle 1 "Cash Casino"; Antrag nach § 80 Abs. 5 VwGO
hier: Beschwerde

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 16. Juni 2021

beschlossen:

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Dresden vom 20. Mai 2020 - 2 L 314/20 - wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 12.500,00 € festgesetzt.

Gründe

- 1 Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts ist nicht begründet. Das Verwaltungsgericht hat den mit der Beschwerde weiter verfolgten Antrag, die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin gegen den glücksspielrechtlichen Untersagungsbescheid des Antragsgegners vom 25. Oktober 2018 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. August 2019 anzuordnen, jedenfalls im Ergebnis zu Recht abgelehnt (1). Ohne Erfolg bleibt auch der mit der Beschwerde gegenüber der Vorinstanz abgeänderte Antrag, im Wege der einstweiligen Anordnung das Nichtbestehen eines näher bezeichneten Rechtsverhältnisses zwischen den Beteiligten festzustellen (2).
- 2 1. Die Versagung des vorläufigen Rechtsschutzantrags gegen den angegriffenen Untersagungsbescheid hat das Verwaltungsgericht im Wesentlichen unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Sächsischen Obergerverwaltungsgerichts zum kumulativen Erfordernis einer Gewerbebeerlaubnis und einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis für eine Altspielhalle sowie zur Vermeidung von Wiederholungen unter Bezug auf seinen den ersten Eilantrag der Antragstellerin gegen die Untersagungsverfügung ablehnenden Beschluss vom 7. August 2019 - 6 L 888/18 - begründet. In diesem Beschluss wird ausgeführt, als Betreiberin einer Altspielhalle mit einer vor Inkrafttreten des Glücksspielstaatsvertrags am 1. Juli 2012 erteilten unbefristeten Gewerbebeerlaubnis nach § 33i GewO sei die Antragstellerin nach § 29 Abs. 4 Satz 2 und 3 GlüStV jedenfalls nach Ablauf der fünfjährigen Übergangsfrist am 30. Juni 2017 nicht mehr von der Erlaubnispflicht des § 24 Abs. 1 GlüStV befreit gewesen. In der Folge wird offen gelassen, ob bereits der mangels glücksspielrechtlicher Erlaubnis formell illegale Betrieb einer Spielhalle eine Untersagungsverfügung rechtfertige. Denn der Betrieb der

Altspielhalle der Antragstellerin könne jedenfalls deswegen gestützt auf § 9 Abs. 1 GlüStV i. V. m. § 22, § 18a Abs. 3 Satz 2 SächsGlüStVAG untersagt werden, weil er auch materiell illegal und damit nicht erlaubnisfähig sei. Der Antragstellerin könne die beantragte und mit Bescheid vom 12. April 2017 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. August 2018 versagte glücksspielrechtliche Erlaubnis nicht erteilt werden, weil ihre Spielhalle nicht den Mindestabstand nach § 18a Abs. 4 Satz 1 SächsGlüStVAG zu allgemeinbildenden Schulen wahre und weder ein Ausnahmetatbestand noch ein Härtefall angenommen werden könne. Nach summarischer Prüfung, die eine Beweiserhebung insbesondere durch Ermittlung der Vergabep Praxis der Behörden bzw. der Werbep Praxis staatlicher Glücksspielanbieter nicht zulasse, spreche nichts dafür, dass ein Verstoß gegen das unionsrechtliche Kohärenz- und Transparenzgebot oder den verfassungsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz vorliege.

- 3 Mit ihrer Beschwerde sucht die Antragstellerin in erster Linie darzulegen, dass die Untersagungsverfügung rechtswidrig sei, weil eine glücksspielrechtliche Erlaubnis nach § 24 GlüStV zusätzlich zu ihrer Gewerbeerlaubnis nach § 33i GewO nicht verlangt werden dürfe, da diese - entgegen der Rechtsprechung des Senats zu Altspielhallen - nach § 18a Abs. 1 Satz 1 SächsGlüStVAG (in der bis zum 18. September 2020 geltenden Fassung) die glücksspielrechtliche Erlaubnis einschließe. Hilfsweise macht die Antragstellerin im Wesentlichen geltend, dass eine glücksspielrechtliche Erlaubnis, ihre Erforderlichkeit unterstellt, rechtswidrig verweigert worden sei. Die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen, insbesondere die Anwendung von Mindestabständen zu Schulen oder zu anderen Spielhallen, seien weder unionsrechtlich noch verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Dieses Beschwerdevorbringen rechtfertigt eine Abänderung des erstinstanzlichen Beschlusses nicht.
- 4 a) Hinsichtlich der Primärbegründung der Beschwerde gilt dies, weil das zusätzliche Erfordernis einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach § 24 GlüStV für Altspielhallen in der den Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin bekannten Rechtsprechung des Sächsischen Obergerichtes geklärt ist (vgl. Urt. v. 11. Mai 2016 - 3 A 314/15 -, juris). Der Senat hat sich dieser durch den 3. Senat begründeten und vom Bundesverwaltungsgericht (Urt. v. 5. April 2017 - 8 C 16.16 -, juris Rn. 20 ff.) nicht beanstandeten Rechtsprechung in Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes angeschlossen (vgl. Beschl. v. 29. November 2019 - 6 B 143/18 -, juris Rn. 33). Er hat sich in dem Beschluss vom 29. November 2019 unter Randnummern 63 ff. auch mit der Vereinbarkeit des Erlaubnisvorbehalts für Altspielhallen mit dem unionsrechtlichen Kohärenzerfordernis auseinandergesetzt und diese bejaht. Hieran hält er auch in

Ansehung des Beschwerdevortrags fest. Die von der Antragstellerin zitierte alte Fassung von § 18a Abs. 1 Satz 1 SächsGlüStVAG, die nach dieser Rechtsprechung nicht auf Altspielhallen anwendbar war, sondern nur für nach Ablauf der Übergangsfristen in § 29 Abs. 4 GlüStV beantragte Erlaubnisse für Spielhallen galt, wurde im Übrigen durch Art. 1 des Gesetzes vom 20. August 2020 (SächsGVBl. S. 486) geändert. Nunmehr schließt auch die für eine solche Spielhalle mit befristeter Zustimmung der Glücksspielbehörde erteilte Erlaubnis nach § 33i GewO die glücksspielrechtliche Erlaubnis nach Ablauf der befristeten Zustimmung nicht mehr ein. Vielmehr bedarf es danach - ebenso wie für alle nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung gestellten Anträge - infolge der Ersetzung des bisherigen glücksspielrechtlichen Zustimmungsvorbehalts durch einen glücksspielrechtlichen Erlaubnisvorbehalt neben der Erlaubnis nach § 33i GewO einer glücksspielrechtlichen Erlaubnis nach § 18a Abs. 1 SächsGlüStVAG n. F. (vgl. SächsLT-Drs. 7/873 S. 9).

- 5 b) Auch die Hilfsbegründung der Beschwerde, dass die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen vorliegen würden, führt nicht zu einer Änderung des angegriffenen Beschlusses. Die vom Verwaltungsgericht offen gelassene Frage, ob für den Erlass einer glücksspielrechtlichen Untersagungsverfügung die formelle Illegalität des Spielhallenbetriebs ausreicht, ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn die materielle Genehmigungsfähigkeit der formell illegalen Tätigkeit im Zeitpunkt der Entscheidung der Untersagungsbehörde nicht offensichtlich und ohne weitere Prüfung erkennbar ist (vgl. BVerwG, Beschl. v. 25. Februar 2015 - 8 B 36.14 -, juris Rn. 13 m. w. N.; Urt. v. 16. Mai 2013 - 8 C 14.12 -, juris Rn. 54; NdsOVG, Beschl. v. 6. März 2018 - 7 ME 14/18 -, juris Rn. 3). Von einer offensichtlichen Genehmigungsfähigkeit des streitigen Spielhallenbetriebs kann vorliegend ausgehend von den zutreffenden Erwägungen des Verwaltungsgerichts im Beschluss vom 7. August 2019 keine Rede sein. Die materiellen Erlaubnisvoraussetzungen, insbesondere die Anwendung von Mindestabständen zu Schulen, stoßen weder unionsrechtlich noch verfassungsrechtlich beim Senat auf durchgreifende Bedenken (vgl. Beschl. v. 29. November 2019 - 6 B 143/18 -, juris Rn. 38 ff.).
- 6 2. Zweifelhafte ist, ob der in der Beschwerdeinstanz gestellte Antrag, "festzustellen, dass zwischen den Beteiligten kein Rechtsverhältnis besteht, demnach der Antragsgegner den Betrieb einer Spielhalle von dem Vorliegen einer landesrechtlichen Erlaubnis gem. § 24 GlüStV abhängig machen darf, soweit eine Betriebserlaubnis nach Bundesrecht (§ 33i GewO) vorliegt", zulässig ist, obwohl er in der Vorinstanz in dieser Weise nicht gestellt und daher vom Verwaltungsgericht auch nicht beschieden worden

ist. Erstinstanzlich hatte die Antragstellerin beantragt, im Wege der einstweiligen Anordnung "festzustellen, dass zwischen den Beteiligten kein Rechtsverhältnis besteht, wonach der Antragsgegner berechtigt ist, eine Untersagungsverfügung und/oder die Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens gegenüber der Antragstellerin von einer Konzession zum Betrieb einer Spielhalle gemäß § 24 GlüStV abhängig zu machen". Grundsätzlich ist im Beschwerdeverfahren nach § 146 Abs. 4 VwGO eine erstmalige Antragstellung, eine Antragserweiterung oder eine sonstige Antragsänderung nicht statthaft und findet die Vorschrift des § 91 VwGO keine entsprechende Anwendung (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 21. Januar 2017 - 5 B 287/16 -, juris Rn. 2 f. m. w. N. auch zur Gegenansicht; OVG LSA, Beschl. v. 11. November 2020 - 3 M 208/20 -, juris Rn. 7; OVG Berlin-Brandenburg, Beschl. v. 8. April 2020 – OVG 11 S 20/20 - juris Rn. 9). Ausnahmen von diesem Grundsatz können zur Wahrung effektiven Rechtsschutzes geboten sein (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 25. Januar 2012 - 1 B 231/11 -, juris Rn. 11 m. w. N.; HessVGH, Beschl. v. 12. Juli 2011 - 1 B 1046/11 -, juris Rn. 32). Eine Ausnahme kann auch dann in Betracht gezogen werden, wenn kein neuer Streitstoff eingeführt wird und die Änderung geeignet ist, den Streit zwischen den Beteiligten beizulegen (vgl. SächsOVG, Beschl. v. 14. Juli 2020 - 3 B 218/20 -, juris Rn. 14; OVG NRW, Beschl. v. 17. Januar 2011 - 7 B 1506/10 -, juris Rn. 9). Hier hätte indes die Antragstellerin den im Beschwerdeverfahren gestellten Antrag bereits erstinstanzlich stellen können, so dass die Notwendigkeit der Zulassung einer Antragsänderung aus Gründen effektiven Rechtsschutzes fraglich erscheint.

- 7 Jedenfalls hat der in der Beschwerdebegründung gestellte Feststellungsantrag in der Sache keinen Erfolg. Zur Begründung wird auf die Ausführungen oben zu Nummer 1 Buchst. a verwiesen.
- 8 Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.
- 9 Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 47 Abs. 1, § 53 Abs. 2 Nr. 2, § 52 Abs. 1 GKG und folgt der Festsetzung der Vorinstanz.

- 10 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO; § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

gez.:
Dehoust

Groschupp

Guericke