

## BaWü: Entscheidung zu Duldung und Mindestabständen

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (VGH) hat in einem Eilverfahren zum Weiterbetrieb einer Spielhalle mit Beschluss vom 12.01.2022 die negative Entscheidung des Verwaltungsgerichts Freiburg teilweise abgeändert. Es hat die betroffene Erlaubnisbehörde verpflichtet, den Betrieb der Spielhalle bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahren zu dulden (VGH 6 S 2895/21 - VG 13 K 2446/21). Das berichtet RA Dr. Damir Böhm (Foto) von der Kanzlei Böhm & Hilbert.

Die Behörde hatte den Erlaubnis Antrag des Spielhallenbetreibers (Antragstellers) abgelehnt, weil sich die im 500 m-Abstand konkurrierende Spielhalle eines anderen Betreibers weiter weg von einer Minderjährigeneinrichtung befände, berichtet Böhm. Wie Böhm zusammenfasst, führt der VGH aus, dass es dem unterlegenen Spielhallenbetreiber nicht zuzumuten sei, den Betrieb der Spielhalle bis zur Überprüfung der behördlichen Entscheidung einzustellen. Insbesondere würden ohne gerichtlichen Eilrechtsschutz Ordnungswidrigkeiten und strafrechtliche Konsequenzen drohen, so dass der Betreiber die Überprüfung des verwaltungsrechtlichen Bescheides nicht „auf der Anklagebank“ abwarten müsse.

Der VGH hat ferner zur Duldung und zur Auswahlentscheidung durch die Behörde ausgeführt: „Eine Duldung des Betriebs einer Spielhalle während eines nicht formell genehmigten Zeitraumes müsse aktiv durch die Behörde erfolgen, um keine Unterbrechung des legalen Betriebs zur Folge zu haben. Diese Duldung seitens der Behörde müsse nicht ausdrücklich erfolgen, sondern könne auch konkludent erklärt werden, indem die Behörde bspw. mitteilt, dass der Betrieb der Spielhalle nicht untersagt werde oder aber erst ab einem gewissen Zeitpunkt untersagt werde. Insbesondere müsse eine Duldung nicht in einem Bescheid gegenüber dem Betreiber erklärt werden.“

Die Auswahlentscheidung der Behörde müsse ermessensfehlerfrei erfolgen. Gegenständlich habe die Behörde eine weitere Minderjährigeneinrichtung, die wie der Antragsteller zu Recht ausgeführt hätte, sich näher bei der genehmigten Spielhalle befindet, nicht berücksichtigt. Dies wäre jedoch geboten gewesen, so dass die behördliche Auswahlentscheidung ermessensfehlerhaft sei. Auch wenn nicht gesagt werden könne, dass eine neue Auswahlentscheidung zwingend zu Gunsten des Antragstellers erfolgen würde, so war einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren, da die behördliche Entscheidung wahrscheinlich rechtswidrig sei. Zudem müssten bei der Auswahlentscheidung viele unterschiedliche Gesichtspunkte berücksichtigt werden.

Diese Entscheidung des VGH ist aus zwei Gesichtspunkten begrüßenswert, kommentiert Böhm. Zunächst werde klargestellt, dass die Möglichkeit strafrechtlicher Nachteile ausreiche, um zulässigerweise gerichtlichen Eilrechtsschutz zu beantragen. Dabei lege der VGH fest, dass für eine auch straffausschließende Duldung eben keine ausdrückliche Erklärung seitens der Behörde vorliegen müsse. Es reiche konkludentes Verhalten bzw. entsprechende Erklärungen, dass nicht gegen den nicht genehmigten Betrieb vorgegangen würde. Zum anderen könne eine behördliche Auswahlentscheidung zwischen Bestandsspielhallen, also Spielhallen, deren erste gewerberechtliche Erlaubnis vor Oktober 2011 erteilt worden war, nicht nur auf den näheren Abstand einer Minderjährigeneinrichtung zu der nicht genehmigten Spielhalle gestützt werden. Lasse eine Behörde bereits einen vergleichbaren Aspekt außer acht, könne das ausgeübte Ermessen nicht rechtmäßig sein.

An dieser Stelle wäre es noch wünschenswert gewesen, wenn der erkennende Senat weiter ausgeführt hätte, welche „unterschiedlichen Gesichtspunkte“ bei einer Auswahlentscheidung zu

berücksichtigen seien, führt Böhm weiter aus. In ständiger Rechtsprechung nähmen andere Verwaltungsgerichte (bspw. OVG NRW) an, dass die Auswahl zwischen Spielhallen an den Zielen des GlüStV auszurichten sei und alles berücksichtigt werden müsse, um festzustellen welcher Spielhallenbetreiber und Spielhallenstandort besser geeignet seien, diese Ziele zu fördern. Allein das Abstellen auf den Abstand zu der nächstgelegenen Minderjährigeneinrichtung könne diesen Anforderungen nicht genügen.