

**Gericht:** Oberverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen 4.  
Senat  
**Entscheidungsdatum:** 19.11.2015  
**Aktenzeichen:** 4 B 710/15  
**Dokumenttyp:** Beschluss

## **Tenor**

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Verwaltungsgerichts Düsseldorf vom 8. Juni 2015 geändert: Die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom 1. April 2015 - 3 K 2581/15 - (VG Düsseldorf) gegen die Ordnungsverfügungen der Antragsgegnerin vom 26.3.2015 wird hinsichtlich der Anordnungssätze zu I. dieser Verfügungen wiederhergestellt und hinsichtlich der Anordnungssätze zu III. angeordnet.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen.

Der Streitwert wird auch für das Beschwerdeverfahren auf 5.000,-- EUR festgesetzt.

## **Gründe**

1

Die Beschwerde des Antragstellers gegen die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes hat Erfolg.

2

Mit seiner Beschwerde verfolgt der Antragsteller ersichtlich sein erstinstanzliches Begehren weiter und erstrebt sinngemäß, dass der Senat unter Änderung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts vom 8.6.2015 die aufschiebende Wirkung der Klage vom 1.4.2015 - 3 K 2581/15 - (VG Düsseldorf) - wiederherstellt bzw. hinsichtlich der Zwangsgeldandrohungen anordnet. Mit dieser Klage begehrt der Antragsteller die Aufhebung von Ordnungsverfügungen der Antragsgegnerin vom 26.3.2015, durch die ihm unter Anordnung der sofortigen Vollziehung (Anordnungssätze zu II.) untersagt wurde, in seinen Spielhallen 1 "H. D. " (Eingang vorne) bzw. 2 "T. D. " (Eingang hinten), einschließlich der jeweiligen Funktionsräume, einen EC-Kartenautomaten bereitzustellen (Anordnungssätze zu I.). Des Weiteren wurden ihm für den Fall einer Missachtung der Untersagungen Zwangsgelder angedroht (Anordnungssätze zu III.).

3

Die zulässige Beschwerde ist begründet, weil sich aus den dargelegten Beschwerdegründen des Antragstellers (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO) ergibt, dass die aufschiebende Wirkung seiner Klage wiederherzustellen bzw. anzuordnen ist.

4

Die Beschwerdebegründung des Antragstellers rechtfertigt erhebliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der durch die Antragsgegnerin ausgesprochenen Ordnungsverfügungen, sodass deren Anfechtung im Hauptsacheverfahren Aussicht auf Erfolg verspricht. Vor diesem Hintergrund führt die im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes vorzunehmende Interessenabwägung zur Wiederherstellung bzw. Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen diese Verfügungen.

5

Überwiegendes spricht dafür, dass die Beschwerde zu Recht beanstandet, entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts habe keine Gefahr für die Öffentliche Sicherheit im Sinne des § 14 Abs. 1 OBG NRW bestanden, welche die ausgesprochenen Untersagungen rechtfertige. Denn ein Verstoß des Antragstellers gegen das Verbot des § 16 Abs. 6 Nr. 2 AG GlüStV NRW, in einer Spielhalle technische Geräte zur Bargeldabhebung, insbesondere einen EC-Kartenautomaten, bereitzuhalten, sei nicht festgestellt worden. Feststehe hier lediglich, dass der umstrittene EC-Kartenautomat außerhalb der Spielhallen 1 und 2 bereitgehalten worden sei. Spielhallen im Sinne des § 16 Abs. 6 Nr. 2 AG GlüStV NRW seien im Einklang mit der insoweit maßgeblichen Definition des § 3 Abs. 7 GlüStV nur solche Räume, in denen Geldspielgeräte mit Gewinnmöglichkeit aufgestellt würden. Zu diesen Räumen zähle jedoch insbesondere nicht das "Foyer", in dem sich die Theke mit der Aufsicht für die Spielhallen befinde, wo der EC-Kartenautomat bereitgehalten worden sei.

6

Maßgeblich für die Bestimmung der räumlichen Reichweite des Verbots der Bereitstellung von EC-Kartenautomaten zur Bargeldabhebung nach § 16 Abs. 6 Nr. 2 AG GlüStV NRW ist infolge der ausdrücklichen Bezugnahme dieser Norm auf § 16 Abs. 1 AG GlüStV NRW allein der dortige Begriff der "Spielhalle". Spielhalle ist hiernach "ein Unternehmen oder Teil eines Unternehmens im stehenden Gewerbe, das ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele im Sinne des § 33c Absatz 1 Satz 1 oder des § 33d Absatz 1 Satz 1 der Gewerbeordnung dient; Schank- und Speisewirtschaften sind keine Spielhallen."

7

Obwohl die Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung,

8

Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung für ein Gesetz zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland, LT-NRW Drucks. 16/17, S. 43 f.,

9

keinen näheren Aufschluss über den genauen Inhalt der Begriffsbestimmung in § 16 Abs. 1 AG GlüStV NRW gibt, lässt sich ihr Folgendes entnehmen: Der Landesgesetzgeber ist sich des normativen Rahmens bewusst gewesen, der für das Glücksspiel im Allgemeinen durch den Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag gesetzt wird und wollte mit seinem Ausführungsgesetz lediglich ergänzende landesrechtliche Regelungen schaffen.

10

Vgl. LT-NRW Drucks. 16/17, S. 30, unter II.

11

Deshalb beinhaltet die Begriffsbestimmung des § 16 Abs. 1 AG GlüStV NRW im Verhältnis zu derjenigen des § 3 Abs. 7 GlüStV zwar eine Verengung des Begriffs der "Spielhalle"; denn § 3 Abs. 7 GlüStV erfasst auch die gewerbsmäßige Aufstellung von Unterhaltungsspielen ohne Gewinnmöglichkeit und nimmt das Reisegewerbe sowie Schank- und Speisewirtschaften nicht ausdrücklich aus. Im Übrigen - und damit für den hiesigen Anwendungsfall - stimmen die Begriffe der Spielhalle in § 16 Abs. 1 AG GlüStV NRW und § 3 Abs. 7 GlüStV aber überein. Da die Definition des § 3 Abs. 7 GlüStV ihrerseits, und zwar gerade im Bereich dieser Übereinstimmung, an den gewerberechlichen Spielhallenbegriff des § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO anknüpft,

12

vgl. Dietlein/Hüsken, in: Dietlein/Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 3 GlüStV Rn. 22 und § 2 GlüStV Rn. 15, sowie Begründung zu dem GlüStV, Nds. LT-Drs. 16/4795, S. 91, letzter Satz,

13

ist davon auszugehen, dass auch § 16 Abs. 1 AG GlüStV NRW diesen Begriff aufnimmt. Dafür sprechen - neben den offenkundigen Übereinstimmungen im Wortlaut - gesetzssystematische Gründe. Denn die Übergangsbestimmungen des § 18 Satz 2 AG GlüStV NRW i. V. m. § 29 Abs. 4 GlüStV und des § 18 Satz 3 AG GlüStV NRW setzen voraus, dass Spielhallen für die Erlaubnisse im Sinne des § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO erteilt wurden, in ihrem erlaubten Bestand auch Spielhallen im Sinne des § 16 Abs. 1 AG GlüStV NRW sind.

14

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist der gewerberechliche Begriff der Spielhalle aber dergestalt raumbezogen, dass die Erlaubnis dem Gewerbetreibenden für bestimmte Räume (Spiel-Räume) erteilt wird, in denen die Geräte aufgestellt oder die Spiele veranstaltet werden können (vgl. § 33i Abs. 2 Nr. 2 GewO).

15

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30.5.1989 - BVerwG 1 C 17.87 -, juris, Rn. 13 = NVwZ-RR 1989, 538, m. w. N.

16

Eine Spielhalle ist hiernach ein Raum, der ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele dient.

17

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 22.10.1991 - BVerwG 1 C 25.90 -, juris, Rn. 12.

18

Für den gewerberechlichen Spielhallenbegriff ist dagegen nicht kennzeichnend, dass eine selbständige, in sich geschlossene räumlich-bauliche und organisatorische Einheit vorliegt, die auch bei natürlicher Betrachtungsweise als ein Betrieb angesehen werden kann.

19

Vgl. BVerwG, Urteil vom 9.10.1984 - BVerwG 1 C 21.83 -, juris, Rn. 16 = BVerwGE 70, 180.

20

Dies hat nicht nur zur Folge, dass benachbarte Betriebsstätten als nach § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO selbständig erlaubnisfähige Spielhallen angesehen werden können, wenn sie räumlich so getrennt sind, dass bei natürlicher Betrachtungsweise die Sonderung der einzelnen Betriebsstätte optisch in Erscheinung tritt und die Betriebsfähigkeit jeder Betriebsstätte nicht durch die Schließung der anderen Betriebsstätten beeinträchtigt wird.

21

Vgl. BVerwG, Beschluss vom 30.5.1989 - BVerwG 1 C 17.87 -, juris, Rn. 13 = NVwZ-RR 1989, 538.

22

Es spricht auch dagegen, dass sich unter den gewerberechlichen Begriff der "Spielhalle" in Anknüpfung an betrieblich-organisatorische Zusammenhänge Funktionsräume, wie z. B. ein Aufsichtsgang oder Toiletten,

23

vgl. BVerwG, Beschluss vom 30.5.1989 - BVerwG 1 C 17.87 -, juris, Rn. 14 = NVwZ-RR 1989, 538,

24

fassen lassen, die lediglich als (gemeinsame) Einrichtungen der Betriebsfähigkeit mehrerer Spiel-Räume dienen, welche ihrerseits als selbständig erlaubnisfähige Spielhallen Gegenstand verschiedener Erlaubnisse nach § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO geworden sind.

25

Eine Einbeziehung solcher Funktionsräume in den gewerberechtlichen Spielhallenbegriff stünde nämlich im Hinblick auf § 33i Abs. 2 Nr. 2 GewO im Widerspruch zu der Annahme, dass diese Spiel-Räume isoliert, also ohne die organisatorische Einheit, die sie mit den Funktionsräumen bilden, Gegenstand einer Erlaubnis nach § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO sein können. Sie hätte zudem zur Folge, dass oftmals dieselben Funktionsräume begrifflich Bestandteil verschiedener Spielhallen wären.

26

Da davon auszugehen ist, dass § 16 Abs. 1 AG GlüStV NRW den gewerberechtlichen Spielhallenbegriff aufnimmt, spricht hiernach Überwiegendes dafür, dass Funktionsräume, die außerhalb eines Spiel-Raums liegen, der isoliert als Spielhalle Gegenstand einer Erlaubnis nach § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO geworden ist, dieser Spielhalle (auch) nach § 16 Abs. 1 AG GlüStV NRW nicht als Bestandteile zugerechnet werden können. Im vorliegenden Falle sind die Spielhallen 1 und 2 unter dem 1.9.2010 jeweils als isolierte Spiel-Räume Gegenstand von Erlaubnissen nach § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO geworden. Dies wird unter anderem dadurch deutlich, dass es in den Auflagen Nr. 4 zu diesen Erlaubnissen ausdrücklich heißt, "dass sich der Aufsichtsbereich außerhalb der Spielhalle befindet".

27

Gegen die Annahme, dass zu einer Spielhalle im Sinne des § 16 Abs. 1 AG GlüStV NRW die entsprechenden Funktionsräume zählen, könnte schließlich die Regelung des § 16 Abs. 2 Satz 1 AG GlüStV NRW sprechen, der in Übereinstimmung mit § 24 Abs. 1 GlüStV unter anderem bereits die Errichtung einer Spielhalle dem Erlaubnisvorbehalt unterwirft. Denn insbesondere ist zweifelhaft, weshalb sich dieser Erlaubnisvorbehalt auf Funktionsräume erstrecken sollte, die als gemeinsame Einrichtungen zwar auch der Betriebsfähigkeit eines Spiel-Raums, überwiegend aber anderen gewerblicher Betriebsstätten dienen.

28

Der Senat verkennt nicht, dass eine Auslegung des § 16 Abs. 1 AG GlüStV NRW im Sinne des engen Begriffsverständnisses des Antragstellers dazu führt, dass der mit § 16 Abs. 6 Nr. 2 AG GlüStV NRW bezweckte Spielerschutz,

29

vgl. Begründung des Gesetzentwurfs der Landesregierung für ein Gesetz zum Ersten Staatsvertrag zur Änderung des Staatsvertrags zum Glücksspielwesen in Deutschland, LT-NRW Drucks. 16/17, S. 44,

30

für Fälle verfehlt wird, in denen einer Spielhalle zuzuordnende Aufsichts- und Servicebereiche außerhalb der Spiel-Räume liegen, die von ihren Funktionsräumen isoliert Gegenstand von Erlaubnissen nach § 33i Abs. 1 Satz 1 GewO und/oder nach § 24 Abs. 1 GlüStV sowie § 16 Abs. 2 Satz 1 AG GlüStV NRW geworden sind. Die Auslegung des § 16 Abs. 1 AG GlüStV NRW muss sich aber an der Funktion orientieren, die dieser Begriffsbestimmung als einer Definition zukommt, die ausdrücklich für das gesamte Gesetz zur Ausführung des Glücksspielstaatsvertrags Geltung beansprucht. Einer auf den Kontext des § 16 Abs. 6 Nr. 2 AG GlüStV NRW beschränkten Relativierung ist dieser umfassende Geltungsanspruch nicht zugänglich. Denn die letztgenannte Bestimmung betont mit der Formulierung "Spielhalle im Sinne des Absatz 1" gerade für ihren speziellen Regelungszusammenhang nochmals die alleinige Maßgeblichkeit der hier in Rede stehenden Begriffsbestimmung. Eine Einschränkung der Möglichkeiten zur Bargeldabhebung, die über die Räumlichkeiten einer Spielhalle hinausgeht, und die etwa durch § 4 Abs. 4 des Spielhallengesetzes Berlin geschaffen wurde,

31

vgl. Vorlage des Senats von Berlin, Gesetz zur Regelung des Rechts der Spielhallen im Land Berlin, Einzelbegründung zu § 4 Abs. 4, Abgeordnetenhaus Berlin Drucks. 16/4027, S. 14,

32

hat der nordrhein-westfälische Landesgesetzgeber eindeutig nicht getroffen.

33

Da keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der EC-Kartenautomat von dem Antragsteller innerhalb der in den Erlaubnissen vom 1.9.2010 jeweils als Spielflächen (Spiel-Räume) gekennzeichneten Räumlichkeiten der Spielhallen 1 oder 2 bereitgehalten worden ist, spricht Überwiegendes dafür, dass die angefochtenen Untersagungen insgesamt, also nicht nur hinsichtlich ihrer Erstreckung auf die Funktionsräume, rechtswidrig sind.

34

Dies führt im Rahmen einer Interessenabwägung zu der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage, soweit mit dieser die Untersagungen angefochten werden. Im Zuge dieser Abwägung kann das Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung seines erfolgsversprechenden Rechtsbehelfs nämlich nicht deshalb gegenüber dem öffentlichen Vollzugsinteresse vernachlässigt werden, weil offensichtlich feststünde, dass ihm die

Bereithaltung des EC-Kartenautomaten lediglich zu unerlaubten Zahlungsdiensten (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 ZAG) diene, die - wie die Antragsgegnerin in der Begründung ihrer Untersagungsverfügungen (allerdings nicht tragend) ausführt - den Straftatbestand des § 31 ZAG erfüllen. Die bislang behördlich festgestellten Tatsachen lassen keinen sicheren Schluss auf gesetzeswidrige Zahlungsdienste des Antragstellers zu. Ein Verstoß gegen § 31 ZAG würde nach § 8 Abs. 1 Satz 1 und § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG voraussetzen, dass die Zahlungsdienste des Antragstellers entweder für sich genommen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderten oder dass sie selbst gewerbsmäßig betrieben würden. Letzteres wäre nur dann der Fall, wenn sich die für die gewerbliche Betätigung erforderliche Gewinnerzielungsabsicht gerade auf die Zahlungsdienste bezöge. Es genügt nicht, wenn die Zahlungsdienste die Gewinnerzielung im Rahmen einer anderen Geschäftstätigkeit - hier des Betriebs der Spielhallen - fördern sollen.

35

Vgl. BGH, Beschluss vom 11.6.2015 - 1 StR 368/ 14 -, juris, Rnrn. 79 ff. (Rnrn. 95 und 96) = ZWH 2015, 303. . Es bestehen bislang keine zureichenden Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsteller gerade seine Zahlungsdienste - über eine bloße Förderung des Spielhallenbetriebs hinaus - mit Gewinnerzielungsabsicht erbracht hat. Die von der Antragsgegnerin festgestellten Tatsachen rechtfertigen auch nicht die Schlussfolgerung, dass diese Zahlungsdienste für sich genommen bereits einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern.

36

Da § 8 Abs. 1 Satz 1 ZAG mit der Heranziehung dieses Kriteriums eine Parallelregelung zu § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG trifft,

37

vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Zahlungsdiensteumsetzungsgesetz, Begründung, BT-Drucks. 16/11613, S. 46, zu § 8 ZAG-E,

38

kann insoweit auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zu § 1 Abs. 1 Satz 1 KWG zurückgegriffen werden.

39

Hiernach lehnt sich das in Rede stehende Kriterium an Regelungen des Handelsgesetzbuchs an und hängt die Beantwortung der Frage, ob ein in kaufmännischer Weise eingerichteter Geschäftsbetrieb erforderlich ist, davon ab, ob die ordnungsgemäße Durchführung der konkret betriebenen Zahlungsdienste nach kaufmännisch-betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten eine spezifisch kaufmännische Betriebsweise nötig macht.

40

Vgl. BVerwG Urteil vom 25.6.1980 - BVerwG 1 C 13.74 -, GewArch 1981, 70.

41

Soweit auch der Höhe des Umsatzes Bedeutung für die Notwendigkeit einer solchen Betriebsweise zukommt,

42

vgl. BGH, Beschluss vom 11.6.2015 - 1 StR 368/ 14 -, juris, Rn. 94 = ZWH 2015, 303,

43

wird in der handelsrechtlichen Literatur zu § 1 Abs. 2 HGB zwar die Auffassung vertreten, dass bei Jahresumsätzen ab 500.000,-- EUR in aller Regel außer Zweifel steht, dass eine kaufmännische Betriebsweise erforderlich ist.

44

Vgl. Röhricht, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 1 Rn. 112.

45

Aus dem in der Zeit vom 28.2.2015 bis zum 4.3.2015 erzielten Umsatz von zusammen 1.890,-- EUR, der sich aus den in den angefochtenen Untersagungsverfügungen vom 26.3.2015 konkret aufgeführten Zahlungsvorgängen ergibt, lässt sich aber auf einen derart hohen Jahresumsatz der Zahlungsdienste des Antragstellers nicht schließen. Von daher liegt ein Verstoß des Antragstellers gegen § 31 ZAG nicht auf der Hand.

46

Ist die aufschiebende Wirkung hinsichtlich der Untersagungsverfügungen wiederherzustellen, ist auch für ein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung der hierauf bezogenen Zwangsgeldandrohungen nichts ersichtlich.

47

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO.

48

Die Streitwertfestsetzung fußt auf den §§ 39 Abs. 1, 47 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 2 und 52 Abs. 1 GKG.