

Verwaltungsgericht Köln, Urteil vom 21. August 2014, Az. 1 K 7340/13

Tenor

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Klägerin.

Tatbestand

1

Die Klägerin ist ein in das Handelsregister eingetragenes Unternehmen (AG Köln, HRB 00000), dessen Gegenstände "die Unternehmensberatung, die Finanzierungsvermittlung, die Beteiligung an anderen Unternehmen, auch unter Übernahme der persönlichen Haftung und deren Verwaltung, insbesondere an Unternehmen, welche den Betrieb, den Handel und das Aufstellen von Spiel- und Unterhaltungsautomaten, den Getränkehandel/-vertrieb bzw. den Betrieb von gastronomischen Einrichtungen aller Art zum Gegenstand haben" sind. Sie hat in der Tankstelle C. S. 0 in C1. ein Geldspielgerät aufgestellt. Insoweit hatte ihr die Beklagte unter dem 12.11.2007 eine Geeignetheitsbestätigung nach § 33c Abs. 3 GewO für die Tankstelle des Betreibers M. G. erteilt. Der Betrieb wurde als Tankstelle / Bistro G. bezeichnet und in der Bestätigung als "Gaststätte" klassifiziert.

2

Im Januar 2012 wurde seitens der Kreispolizeibehörde eine Anzeige erstattet, weil in der Tankstelle eine jugendliche Person in Anwesenheit des Tankstellenbetreibers an dem Geldspielgerät gespielt habe. Insoweit wurde ein inzwischen bestandskräftiger Bußgeldbescheid erteilt.

3

Im Februar 2013 nahm eine Mitarbeiterin der Beklagten den Betrieb in Augenschein, um die Geeignetheit für die Aufstellung von Geldspielgeräten zu überprüfen. Am 28.03.2014 hörte die Beklagte die Klägerin zum beabsichtigten Widerruf des Bescheides vom 12.11.2007 an. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin führte dazu aus, der rechte Teil der Räumlichkeiten sei als Bistro ausgestaltet. Es gebe drei Tische, Sitzgelegenheiten, Getränke und kleine warme Speisen. Insgesamt sei ein räumlich getrennter Bereich geschaffen worden, der sich vom linken Bereich des Raumes deutlich unterscheide. Dort seien die Kasse der Tankstelle und der Shop. In der Folgezeit kam es zu geringfügigen baulichen Veränderungen an der Kaffeebar, und anlässlich eines weiteren Ortstermins am 19.06.2013 wurden vier Lichtbilder aufgenommen. Der Beklagten wurde ein Schreiben des Prozessbevollmächtigten an die Klägerin vom 05.08.2013 zugänglich. Dieses soll der Geschäftsführer der Bürgermeisterin mit der Bitte um Hilfe gegeben haben. Es enthält eine negative rechtliche Prognose über den Ausgang des Verfahrens. Zuvor hatte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 01.08.2013 mitgeteilt, dass die Tankstelle nach dem Ergebnis der durchgeführten Ortsbesichtigung und des Akteninhalts als Aufstellungsort für Geldspielgeräte ungeeignet sei.

4

Mit Bescheid vom 08.11.2013 nahm die Beklagte die Bestätigung der Geeignetheit der Tankstelle als Aufstellungsort gemäß § 33 Buchst. c Abs. 3 GewO zurück (Ziffer 1). Ferner untersagte die Beklagte die Aufstellung von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit im Sinne des § 33c Abs. 1 Gewerbeordnung. (2). Daneben forderte die Beklagte die Klägerin auf, dass konkret aufgestellte Spielgerät mit Gewinnmöglichkeit sofort außer Betrieb zu nehmen und spätestens innerhalb eines Monats nach der Zustellung des Bescheides zu entfernen (3). Schließlich drohte die Beklagte für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen Ziffer 2. dieser Verfügung ein Zwangsgeld i.H.v. 1.000 EUR an, für den Fall eines Verstoßes gegen Ziffer 3. der Verfügung das Zwangsmittel der Ersatzvornahme (Ziffern 4.1. und 4.2). Zur Begründung führte die Beklagte im Wesentlichen aus, gemäß § 48 Abs. 1 VwVfG NRW könne ein rechtswidriger Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden sei, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft zurückgenommen werden. Sofern es sich um einen

begünstigenden Verwaltungsakt handele, seien die Einschränkungen des § 48 Abs. 2-4 VwVfG NRW zu beachten. Vorliegend sei davon auszugehen, dass der aufzuhebende Verwaltungsakt fehlerhaft gewesen sei. Bei der unter dem 12.11.2007 erteilten Bestätigung handele es sich zwar nicht um eine Erlaubnis im Sinne der Gewerbeordnung; trotzdem begründe diese Bestätigung das Recht zum Aufstellen von Geldspielgeräten an einem bestimmten Ort. Bei der Erteilung des Bescheides sei man fälschlicherweise davon ausgegangen, dass die gaststättentypischen Leistungen im Vordergrund stünden. Da dies nachweislich nicht der Fall sei, sei die Erteilung rechtswidrig gewesen. Das Stehcafé bzw. das Bistro sei nach den gesamten Umständen als unselbstständige Nebenleistung des Tankstellenbetriebs zu bewerten. Es werde zwar versucht, durch Trennwände und Regale eine räumliche Abgrenzung zum restlichen Angebot der Tankstelle herzustellen; doch bleibe offensichtlich, dass es sich bei dem Stehcafé lediglich um einen kleinen Teilbereich der Tankstelle handele, in dem in einem begrenzten Umfang Speisen und Getränke angeboten werden. Der überwiegende Teil des Betriebes habe den Verkauf von verpackten Lebensmitteln und die eigentliche Tankstelle zum Gegenstand. Auch das Erscheinungsbild spreche gegen den Eindruck einer Schank- und Speisewirtschaft. Die für eine Gaststätte üblichen Utensilien und Einrichtungen - wie z.B. eine Schankanlage, ausreichende Bestuhlung usw. - fehlten.

5

Die Klägerin hat am 23.11.2013 Klage erhoben.

6

Zur Begründung macht sie unter anderem geltend, die ihr erteilte Geeignetheitsbescheinigung sei entgegen der Auffassung der Beklagten rechtmäßig. Im Übrigen lägen die Voraussetzungen des § 48 Abs. 4 VwVfG nicht vor. Die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts sei nur innerhalb eines Jahres seit dem Zeitpunkt zulässig, in dem die Behörde von Tatsachen Kenntnis erhält, welche die Rücknahme rechtfertigen. Diese Frist sei lange verstrichen. Die Tatsachen, die aus Sicht des Beklagten zur Rechtswidrigkeit des Bescheides führen sollen, seien dem Beklagten

grundsätzlich seit dem Jahr 2007 bekannt gewesen. In den darauf folgenden Jahren seien zudem immer wieder Kontrollen durch das Ordnungsamt durchgeführt worden, wobei die Räumlichkeiten in Augenschein genommen und die Geldspielgeräte geprüft worden seien. Spätestens seit November 2010 sei dem zuständigen Mitarbeiter der Beklagten - Herrn M1. - bekannt gewesen, wie der Aufstellungsort beschaffen sei. Soweit die Beklagte die Aufstellungsorte in ihrem Zuständigkeitsbereich Anfang des Jahres 2013 konkret überprüft habe, liege dies allein daran, dass im zuständigen Sachgebiet ein Personalwechsel stattgefunden habe.

7

Hinzu komme, dass es sich bei der Rücknahme eines rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakts um eine Ermessensentscheidung handle. Dies bedeute, dass die Behörde eine Abwägung zwischen der angestrebten Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustandes einerseits und den schutzwürdigen Interessen des Adressaten andererseits vornehmen müsse. Hieran fehle es.

8

Die Klägerin beantragt,

9

den Bescheid der Beklagten vom 08.11.2013 aufzuheben.

10

Die Beklagte beantragt,

11

die Klage abzuweisen.

12

Sie verteidigt die ergangene Entscheidung. Hinsichtlich der Frage, ob und in welchem Umfang die Tankstelle von Mitarbeitern der Beklagten überprüft worden sei, nimmt die Beklagte auf den Vermerk vom 28.3.2014 (Bl. 51 und 52 der Gerichtsakte) Bezug.

13

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsvorgänge ergänzend Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

14

Die zulässige Klage ist unbegründet.

15

Der Rücknahmebescheid des Beklagten vom 08.11.2013 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten, § 113 Abs. 1 Satz 1 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

16

Die Rücknahme der nach § 33c Abs. 3 der Gewerbeordnung (GewO) erteilten Geeignetheitsbescheinigung vom 12.11.2007 findet ihre Rechtsgrundlage in § 48 des Verwaltungsverfahrensgesetzes NRW (VwVfG NRW). Nach Abs. 1 der genannten Vorschrift darf ein rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, unter den Einschränkungen der Absätze 2 bis 4 ganz oder teilweise zurückgenommen werden. Die der Klägerin unter dem 12.11.2007 erteilte Geeignetheitsbescheinigung gemäß § 33c Abs. 3 Satz 1 GewO war von Anfang an rechtswidrig. Nach der zitierten Vorschrift darf der Gewerbetreibende Geldspielgeräte nur aufstellen, wenn ihm die zuständige Behörde schriftlich bestätigt hat, dass der

Aufstellungsort den auf der Grundlage des § 33f Abs. 1 Nr. 1 GewO erlassenen Durchführungsvorschriften entspricht. Nachdem ersichtlich kein Versagungsgrund i.S.v. § 1 Abs. 2 der hierzu erlassenen Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeiten (SpielV) vorliegt, kommt allein § 1 Abs. 1 Nr. 1, 1. Alt. SpielV in Betracht, wonach ein Geldspielgerät nur aufgestellt werden darf in Räumen von Schank- oder Speisewirtschaften, in denen Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden. Mit den in der genannten Vorschrift bezeichneten Räumen von Schank - oder Speisewirtschaften sind solche Räume gemeint, die durch den Schank- und Speisebetrieb geprägt sind und nicht überwiegend einem anderen Zweck dienen. Dies folgt aus dem Wortlaut und aus dem Zweck der Norm, dass Geldspielgeräte nur in solchen Gewerbebezügen zugelassen sein sollen, in denen entweder - wie bei Spielhallen und Wettannahmestellen - das Spielen den Hauptzweck bildet und entsprechende Zulassungsvoraussetzungen gelten oder aber - in Gaststätten- und Beherbergungsbetrieben - das Spielen nur Annex der im Vordergrund stehenden Bewirtungs- und Beherbergungsleistung ist und Kinder und Jugendliche keinen oder nur eingeschränkten Zugang haben. Diese in § 1 Abs. 1 SpielV normierte Beschränkung der Aufstellorte würde aufgehoben, wenn schon durch Nebenleistungen eine Schank-/Speisewirtschaft im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV und damit die Zulässigkeit der Aufstellung von Geldspielgeräten begründet werden könnte. Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach dem in § 33f Abs. 1 GewO erkennbaren Willen des Gesetzgebers die in der SpielV getroffenen Bestimmungen der Eindämmung der Betätigung des Spieltriebs dem Schutz der Allgemeinheit und der Spieler sowie den Interessen des Jugendschutzes dienen,

17

vgl. BVerwG, Beschluss vom 18.03.1991 - 1 B 30.91-, VGH Mannheim, , Urteil vom 29.04.1997 - 14 S 1920/96 -, VG Hannover, Urteil vom 08.07.2002 - 11 A 1282/00 -, VG Gießen, Beschluss vom 15.08.2008 - 8 L 1472/08 -, alle zit. nach juris.

18

Hiernach handelt es sich bei dem von der Klägerin gewählten Aufstellort nicht um eine Schank- und Speisewirtschaft im dargelegten Sinne. Der sogenannte Gaststättenbetrieb innerhalb der Tankstelle ist nämlich als eine untergeordnete Nebenleistung des Tankstellenbetriebes zu bewerten. Aus den im Verwaltungsvorgang enthaltenen Lichtbildern ist ersichtlich, dass der "Gaststättenbereich" von dem übrigen Tankstellenraum optisch oder durch bauliche Maßnahmen nicht wirklich getrennt und jedermann, der sich im Verkaufsraum befindet, zugänglich ist. Der Raum ist zwar in der Mitte durch eine Mauer getrennt, sodass im Ansatz zwischen dem gastronomischen und dem sonstigen gewerblichen Bereich unterschieden werden kann. Allerdings ist die Räumlichkeit insgesamt offen gestaltet, vollgestellt und insgesamt auch nicht großflächig, sodass von einem separaten gastronomischen Angebot nicht gesprochen werden kann. Damit stellt sich der Gaststättenbetrieb nach dem Gesamteindruck aus feilgehaltenem Angebot sowie räumlicher Ausstattung nur als unselbstständige, untergeordnete Nebenleistung des Tankstellenshops dar.

19

Dieses Raumkonzept kann auch dem Jugendschutz nicht hinreichend genügen. Die jugendschutzrechtliche Zielsetzung der SpielV ergibt sich aus der Ausnahmeregelung in § 1 Abs. 2 Nr. 3 SpielV, wonach Geldspielgeräte auch in Schank- oder Speisewirtschaften nicht aufgestellt werden dürfen, die sich auf Sportplätzen, in Sporthallen, Tanzschulen, Badeanstalten, Sport- oder Jugendheimen oder Jugendherbergen befinden, oder die ihrer Art nach oder tatsächlich vorwiegend von Kindern oder Jugendlichen besucht werden. Die räumliche Situation kann eine genügende Abschirmung nicht gewährleisten. Es ist nicht ausgeschlossen und sogar wahrscheinlich, dass Kinder und Jugendliche das Warenverkaufsangebot der Klägerin nutzen und bei dieser Gelegenheit auch den gastronomischen Bereich nebst Spielgerät aufsuchen. Gerade das Angebot an Getränken, Süßigkeiten, Zeitschriften und Geschenkartikeln macht die Tankstelle - auch nach Ladenschluss - zu einer attraktiven Einkaufsalternative,

20

vgl. zu diesem Aspekt: Verwaltungsgericht Hannover, a.a.O.

21

Die Reglementierung der Aufstellungsorte soll bezwecken, dass Geldspielgeräte in der Öffentlichkeit als Ausnahme angesehen werden und keine Gewöhnungs- oder Versuchungswirkung auf die Allgemeinheit und im Speziellen auf Kinder und Jugendliche eintritt. Eine tatsächliche, zu Gunsten der Klägerin unterstellte Möglichkeit, die Nutzung der Geräte durch Kinder und Jugendliche zu verhindern, greift für diesen Zweck zu spät ein. Dies zeigt auch ein Vergleich mit Gaststätten, zu denen Kinder und Jugendliche nur eingeschränkt Zugang haben. Der gastronomische Bereich der Klägerin steht jedoch jedem Kunden offen und ist nicht vom Kassenbereich der Tankstelle getrennt. Damit hätte die Geeignetheitsbescheinigung von Anfang an nicht erteilt werden dürfen, sodass eine Rücknahme möglich war.

22

Auch die Betätigung des Rücknahmeermessens durch die Beklagte begegnet keinen Bedenken. Auf Seite vier (oben) der angefochtenen Verfügung hat die Beklagte eine hinreichende Ermessensbetätigung formuliert. Soweit sie auch einen Fall des § 48 Abs. 2 VwVfG NRW angenommen hat, sind Vertrauensschutzgesichtspunkte besonders gewürdigt worden.

23

Schließlich ist auch die Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG NRW gewahrt, obwohl die tatsächliche Gestaltung der Tankstelle einem zuständigen Mitarbeiter der Beklagten - Herrn M1. - seit längerer Zeit bekannt gewesen sein dürfte. Dessen erstmalige und vielleicht auch wiederholte Kenntnisnahme anlässlich verschiedener Kontrollen bei der Klägerin führte nicht zum Beginn der in § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG festgesetzten Jahresfrist. Diese Frist beginnt erst zu laufen, wenn die Behörde die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts erkannt hat und ihr die für die Rücknahmeentscheidung außerdem erheblichen Tatsachen vollständig bekannt sind. Entsprechend käme es nicht darauf an,

dass die die Rücknahme rechtfertigenden Umstände bereits zum Zeitpunkt des Erlasses des Bescheides bekannt gewesen sind. Daher kann offen bleiben, ob die Beklagte die Örtlichkeiten bei der Antragstellung im Jahr 2007 genauer geprüft hat. Auch wenn der Erlass des begünstigenden Verwaltungsakts darauf beruht, dass die Behörde den ihr vollständig bekannten Sachverhalt rechtsfehlerhaft gewürdigt oder das anzuwendende Recht verkannt hat, beginnt die Jahresfrist vielmehr erst mit der Kenntnis des Rechtsfehlers zu laufen. Die Frist wird daher nur dann überschritten, wenn die Behörde für ihre Entscheidung trotz Kenntnis der Rechtswidrigkeit und aller für die Rücknahmeverfügung erforderlichen Umstände mehr als ein Jahr benötigt,

24

vgl. zuletzt BVerwG, Beschluss vom 28.01.2013, - 2 B 62.12 - , zit. nach juris, Rz. 6.

25

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Die Beklagte hat nach dem Inhalt der Akten anscheinend im August oder September 2012 näher geprüft, unter welchen abstrakten Voraussetzungen in Tankstellen Geldspielgeräte aufgestellt werden dürfen. Eine Ortsbesichtigung fand im Februar 2013 mit dem Ergebnis statt, dass die Beklagte die Geeignetheitsbestätigung für rechtswidrig hielt, und erst im April 2013 hatte sich die rechtsanwaltlich vertretene Klägerin zu dem entscheidungserheblichen Sachverhalt äußern können.

26

Die Untersagung der weiteren Aufstellung eines Geldspielgerätes entspricht der Gesetzeslage und ist nicht zu beanstanden, ebenso nicht die Aufforderung zur Außerbetriebnahme bzw. Entfernung des Geldspielgerätes; diese Anordnungen finden ihre Rechtsgrundlage in § 15 Abs. 2 GewO und sind rechtmäßig.

27

Die auf den §§ 55 Abs. 1, 57, 59, 60 und 63 VwVG NRW beruhenden Androhungen eines Zwangsgelds und einer Ersatzvornahme (Ziffern 4.1. und 4.2) sind allerdings insoweit zu beanstanden, als die Voraussetzungen des § 55 Abs. 1 VwVG NRW derzeit nicht gegeben sind. Die materiellen Anordnungen der Beklagten sind nicht vollstreckbar, weil sie nicht unanfechtbar sind oder kraft Gesetzes als sofort vollziehbar gelten und eine Anordnung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO nicht getroffen worden ist. Da jedoch als Fristbeginn die Zustellung bestimmt worden ist, tritt an dessen Stelle der Eintritt der Bestandskraft, nachdem - wie hier - ein Rechtsbehelf mit aufschiebender Wirkung eingelegt worden ist, § 63 Abs. 1 Satz 4 VwVG NRW.

28

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 1 VwGO.