

## **VG Sigmaringen – Beschluss vom 7. November 2019 – 9 K 5053/19**

### **Reduktion der Gerätehöchstzahl in Schank- und Speisewirtschaften ist verfassungskonform**

VG Sigmaringen, Beschl. v. 7.11.2019 - 9 K 5053/19

GG Art. 74 Abs. 1 Nr. 11; SpielV § 3 Abs. 1 Satz 1; GewO § 33 c, § 33 f

**1. Der Bund hat auch nach der Föderalismusreform I (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG n. F.) das Recht zur Anpassung gaststättenrechtlicher Vorschriften, solange der Landesgesetzgeber von seiner Gesetzgebungskompetenz keinen Gebrauch gemacht hat.**

**2. § 3 Abs. 1 Spielverordnung i. d. F. vom 4.11.2014 ist von dieser Anpassungskompetenz gedeckt.**

(Amtl. Ls.)

#### **Aus den Gründen:**

I.

Der Antrag der Antragstellerin auf vorläufige Feststellung, dass sie auch über den 1.11.2019 hinaus in der von ihr betriebenen Gaststätte drei Geldspielgeräte aufstellen darf, ist bereits unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 1 VwGO kann das Gericht eine einstweilige Anordnung in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Voraussetzung dafür ist, dass sowohl ein Anordnungsgrund als auch ein Anordnungsanspruch vorliegen. Deren tatsächliche Voraussetzungen müssen zwar nicht zur Überzeugung des Gerichts feststehen, aber hinreichend wahrscheinlich („glaubhaft“) sein (§ 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 920 Abs. 2 ZPO). Ein Anordnungsanspruch liegt vor, wenn der Antragsteller in der Hauptsache bei summarischer Prüfung voraussichtlich Erfolg haben wird. Ein Anordnungsgrund besteht, wenn eine vorläufige gerichtliche Entscheidung erforderlich ist, weil ein Verweis auf das Hauptsacheverfahren aus besonderen Gründen unzumutbar ist (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 15.1.2014- 10 S 1748/13 -, juris).

## 1. Der Antrag ist bereits unzulässig.

Ob der gestellte Antrag der Antragstellerin auf vorläufige Feststellung, dass sie auch über den 1.11.2019 hinaus in der von ihr betriebenen Gaststätte drei Geldspielgeräte aufstellen darf, als Antrag nach § 123 VwGO statthaft ist (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 22.7.2004 - 6 S 19/04 -, juris), kann vorliegend dahinstehen. Denn als Begehren eines vorläufigen vorbeugenden Rechtsschutzes fehlt es ihm jedenfalls am erforderlichen qualifizierten Rechtsschutzbedürfnis.

Nach der Systematik der Verwaltungsgerichtsordnung ist gegen belastende Verwaltungsakte grundsätzlich nur nachträglicher Rechtsschutz vorgesehen (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 22.7.2004 - 6 S 19/04 -, a. a. O.). Das folgt aus dem Grundsatz der Gewaltenteilung, der der Gerichtsbarkeit nur die Kontrolle der Verwaltungstätigkeit aufträgt, ihr aber grundsätzlich nicht gestattet, bereits im Vorhinein gebietend oder verbietend in den Bereich der Verwaltung einzugreifen (vgl. BayVGH, Beschluss vom 23.7.2019 - 6 ZB 19.790 -, juris). Vorläufiger vorbeugender Rechtsschutz kommt daher nur dann in Betracht, wenn es dem Betroffenen ausnahmsweise nicht zuzumuten ist, den Erlass eines Verwaltungsakts abzuwarten und sodann mit Widerspruch, Anfechtungsklage und Anträgen nach §§ 80, 80 a VwGO vorzugehen. Ein solches qualifizierte Rechtsschutzbedürfnis ist nur dann gegeben, wenn schon die kurzfristige Hinnahme der befürchteten Handlungsweise geeignet ist, den Betroffenen in seinen Rechten in besonders schwerwiegender Weise zu beeinträchtigen (vgl. VGH Hessen, Beschluss vom 5.2.2019 - 6 B 2061/18 -, juris). Die zu erwartenden Beeinträchtigung müssen dabei so schwer wiegen, dass sie auch durch nachträglichen Rechtsschutz nicht aufgefangen werden können. Zudem würde durch die Gewährung vorläufigen vorbeugenden Rechtsschutzes vor den Verwaltungsgerichten mit dem Ziel, den Erlass eines Bußgeldbescheides zu verhindern, im Einzelfall auch die Zuständigkeit der Strafgerichte für die repressive Rechtmäßigkeitskontrolle behördlicher Bußgeldbescheide nach § 68 OWiG umgangen, ohne dass dem Betroffenen allein durch den Erlass des Bußgeldbescheides wesentliche Nachteile treffen würden (vgl. OVG NRW, Beschluss vom 4.1.2010 – 6 B 1116/09 -, juris).

Nach diesen Maßstäben dürfte es der Antragstellerin vorliegend zuzumuten sein, den Erlass einer belastenden Maßnahme durch die Antragsgegnerin abzuwarten und eine etwaige derartige Maßnahme mit den zur Verfügung stehenden Mitteln des Rechtsschutzes anzugreifen. Denn es ist nicht ernsthaft zu besorgen, dass der Antragstellerin bei einem solchen Vorgehen schwere, irreparable Nachteile drohen. Soweit von ihr vorgetragen wird, dass sie aufgrund eines im Raum stehenden Verstoßes gegen § 3 Abs. 1 Satz 1 der Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit (Spielverordnung - SpielV) als gewerberechtlich unzuverlässig eingestuft werden könnte und aufgrund dessen mit gewerberechtlichen Ordnungsmaßnahmen rechnen müsste, stellt dies eine bloß theoretische Möglichkeit denkbaren

Verwaltungshandelns dar, wie sich in der Antragsriderung vom 3.10.2019 zeigt. Dort führt die Antragsgegnerin explizit aus, dass sie „aktuell noch keinen Handlungsbedarf“ sehe und davon ausgehe, „dass man sich mit dem Thema frühestens im Frühjahr 2020“ befassen werde. Ob und wie die Antragsgegnerin dann gegebenenfalls gegen die Antragstellerin vorgehen wird, ist somit zum jetzigen Zeitpunkt völlig unklar. Dass ein entsprechendes Vorgehen konkret bevorstünde, ist jedenfalls nicht ersichtlich. Es droht damit kein die Berufsausübung der Antragstellerin untersagendes oder unmittelbar und schwerwiegend einschränkendes Verwaltungshandeln der Antragsgegnerin. Auch die Erwägung, die Zuständigkeit der Strafgerichte für die Kontrolle behördlicher Bußgeldbescheide nicht zu umgehen, spricht vorliegend gegen die Zulässigkeit des Antrags. Nutzt die Antragsgegnerin die von der Antragstellerin angesprochene Möglichkeit, wegen des Aufstellens von mehr als der zulässigen Zahl von Spielgeräten einen Bußgeldbescheid nach § 144 Abs. 2 Nr. 1a GewO i. V. m. § 19 Abs. 1 Nr. 1 SpielV zu erlassen, wofür sie nach §§ 35, 36 OwiG i. V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 4 OwiZuVO i. V. m. § 155 Abs. 2 GewO i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 GewO-ZuVO zuständig ist, bleibt es der Antragstellerin möglich und zumutbar, den Schuldvorwurf in einem rechtstaatlich ausgestalteten Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren gerichtlich überprüfen zu lassen. Der vorsätzliche oder fahrlässige Verstoß gegen die Spielverordnung könnte zwar nach § 144 Abs. 2 Nr. 1a i. V. m. Abs. 4 GewO mit einer Geldbuße bis zu 5.000,- Euro geahndet werden. Ob und in welcher Höhe tatsächlich ein Bußgeld verhängt werden würde und inwiefern der hiesige Vortrag in einem Bußgeldverfahren mildernd berücksichtigt werden würde, ist unklar und steht im Ermessen der zuständigen Behörde. Insbesondere ist aber auch ein solches Vorgehen nach den Angaben der Antragsgegnerin im Schreiben vom 3.10.2019 aktuell nicht geplant.

2. Der Antrag wäre darüber hinaus auch unbegründet.

a) Vorliegend kann die Antragstellerin bei summarischer Prüfung keinen Anordnungsanspruch geltend machen, denn ihre auf die Feststellung gerichtete Klage, dass sie auch über den 1.11.2019 hinaus in der Gaststätte drei Geldspielautomaten aufstellen darf, dürfte im Hauptsacheverfahren keinen Erfolg haben. Der geltend gemachte Anspruch auf diese Feststellung liegt bei summarischer Prüfung nicht vor, weil die am 1.11.2019 in Kraft tretende Regelung des Art. 5 Nr. 1a der Sechsten Verordnung zur Änderung der Spielverordnung (SpielV) vom 4.11.2014, durch den § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV dahingehend geändert wird, dass in Schankwirtschaften, Speisewirtschaften, Beherbergungsbetrieben, Wettannahmestellen der konzessionierten Buchmacher nach § 2 des Rennwett- und Lotteriegesetzes sowie in Spielhallen oder ähnlichen Unternehmen, in denen alkoholische Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden, höchstens zwei Geld- oder Warensielgeräte aufgestellt werden dürfen, aller Voraussicht nach formell wie materiell rechtmäßig ist.

aa) § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV n. F. dürfte formell rechtmäßig sein, insbesondere dürfte der Bundesgesetzgeber für den Erlass der Regelung zuständig gewesen sein.

Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung haben die Länder nach Art. 72 Abs. 1 GG die Befugnis zur Gesetzgebung, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat. Nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung auf das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen) ohne das Recht des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte.

Vorliegend hat der Bund von der Kompetenz zur Regelung des Gewerberechts als Materie des Rechts der Wirtschaft in Gestalt des § 33 f Abs. 1 Nr. 1 GewO Gebrauch gemacht, der die Rechtsgrundlage für den Erlass der hier in Streit stehenden Spielverordnung bildet. Nach § 33 f Abs. 1 Nr. 1 GewO kann das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zur Durchführung u. a. des § 33 c GewO (Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit) [...] durch Rechtsverordnung zur Eindämmung der Betätigung des Spielbetriebs, zum Schutze der Allgemeinheit und der Spieler sowie im Interesse des Jugendschutzes die Aufstellung von Spielgeräten [...] und die Zahl der jeweils in einem Betrieb aufgestellten Spielgeräte begrenzen. Ob diese Kompetenz zur Regelung auch nach den Änderungen im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes durch die Föderalismusreform I zum 1.9.2006 dem Gewerberecht als Recht der Wirtschaft zuzuordnen ist, kann hier dahinstehen. Die von der Antragstellerin zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 7.3.2017 (BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 -, BVerfGE 145, 20), die sich mit der Frage, ob das Land Berlin kompetenzrechtlich berechtigt war, durch sein (Landes-)Spielhallengesetz die maximal zulässige Anzahl von Spielgeräten in Spielhallen festzulegen, befasst und dabei für das Recht der Spielhallen eine tendenziell weite Auslegung vertreten hat, mag insoweit für eine weite Auslegung auch des Rechts der Gaststätten in Art. 74 Nr. 11 GG sprechen, das im Fall der Antragstellerin die Regelung der Zahl der aufzustellenden Spielgeräte regeln könnte. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes wäre im vorliegenden Fall aber auch nicht in Frage gestellt, wenn die Regelung der Zahl der maximal in einer Gaststätte zulässigen Geldspielgeräte dem „Recht der Gaststätten“ zuzuordnen wäre und damit (heute) in die Gesetzgebungskompetenz der Bundesländer fiele. Denn in diesem Fall dürfte dem Bundesgesetzgeber immer noch eine sog. Anpassungskompetenz nach Art. 125 a Abs. 1 GG verbleiben. § 33 f Abs. 1 Nr. 1 GewO hat spätestens - und fast wortgleich mit seiner heutigen Fassung - mit der Bekanntmachung der Neufassung der Gewerbeordnung (GewOBek78) am 1.1.1978 (BGBl. 1978, 97) Eingang in die Gewerbeordnung gefunden. Nach dem damals geltenden Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG in der Fassung vom 23.8.1976 erstreckte sich die konkurrierende Gesetzgebung auf das Recht der Wirtschaft (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft, Handwerk, Gewerbe, Handel, Bank- und Börsenwesen, privatrechtliches Versicherungswesen), ohne einzelne Sachmaterien wie das Gaststättenrecht zugunsten der Länder auszunehmen. Die damals auf diesem Kompetenztitel erlassene Vorschrift des § 33 f GewO und das darauf basierende Ordnungsrecht in Gestalt der

Spielverordnung gilt daher nach Art. 125 a Abs. 1 Satz 1 GG als Recht, das als Bundesrecht erlassen worden ist, fort, selbst wenn es ggf. wegen Änderung des Art. 74 Abs. 1 GG nicht mehr als Bundesrecht erlassen werden könnte. Zwar kann solches Bundesrecht nach Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG durch Landesrecht ersetzt werden. Bis zu einer möglichen landesrechtlichen Ersetzung, die nach Vortrag auch der Antragstellerin bis heute nicht gegeben ist, dürfte der Bund jedoch nach summarischer Prüfung für eine anpassende - hier in Gestalt des § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV n. F. vorgenommene - Änderung des fortgeltenden Bundesrechts zuständig sein (Anpassungskompetenz des Bundes; str.; a. A.: Degenhart in: Sachs, Grundgesetz, 8. Auflage 2018, Art. 125 a GG, Rn. 7, m. w. N.). Dies deutet zunächst bereits der Wortlaut des Art. 125 a Abs. 1 Satz 1 GG an, der explizit die Fortgeltung als Bundesrecht anordnet. Dem Charakter als Bundesrecht korrespondiert grundsätzlich die Befugnis des Bundesgesetzgebers, die betroffenen Regelungswerke mit der Zeit fortzuschreiben und an die geänderten Verhältnisse anzupassen (vgl. BGH, Urteil vom 2.4.2017 - III ZR 470/16 -, BGHZ 214, 360-382). Für eine solche Anpassungskompetenz des Bundes spricht zudem der Umstand, dass sich Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG ausdrücklich auf die Statuierung einer landesrechtlichen Ersetzungsbefugnis beschränkt, mithin den Ländern gerade keine Anpassungskompetenz überträgt (vgl. VG Berlin, Urteil vom 2.8.2009 - 28 A 210.07 -, juris). Diese fortbestehende Kompetenz des Bundes zur Anpassung des weitergeltenden Bundesrechts an veränderte Verhältnisse unterliegt aber einer zweifachen Begrenzung (vgl. BGH, Urteil vom 2.4.2017 - III ZR 470/16 -, a. a. 0.). In sachlicher Hinsicht ist sie wegen der Ersetzungsbefugnis der Länder auf schlichte Einzelanpassungen des geltenden Rechts an veränderte Verhältnisse, d.h. auf eine Fortschreibung des geltenden Rechts beschränkt. Daher ist dem Bund unter Berufung auf seine Anpassungskompetenz insbesondere keine grundlegende Neukonzeption des fortgeltenden Regelungswerkes möglich. In zeitlicher Hinsicht ist die Anpassungskompetenz des Bundes durch die länderseitige Inanspruchnahme der Ersetzungsbefugnis i. S. d. Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG begrenzt: Im Zeitpunkt einer derartigen landesrechtlichen Ersetzung des bis dahin fortgeltenden Bundesrechts endet die Änderungskompetenz des Bundes unwiderruflich (vgl. Uhle in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Stand: März 2019, Art. 125 a GG, Rn. 27 f.; Seiler in: Beck'scher Online-Kommentar, Grundgesetz, Stand: 15.2.2019, Art. 125 a GG, Rn. 4; Schnapauff in: Hömig/Wolff, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Stand: 12. Auflage 2018, Art. 125 a GG, Rn. 3).

Diese Vorgaben dürften vorliegend eingehalten worden sein. Mit der Sechsten Änderungsverordnung zur Spielverordnung wurde gerade keine Neukonzeption durch den Gesetzgeber erstellt, sondern es wurde lediglich die Zahl der maximal zulässigen Geldspielgeräte in Gaststätten verringert mit dem Ziel, den Jugend- und Spielerschutz im gewerblichen Spiel weiter zu verbessern. Die landesrechtliche ersetzende Regelung im Sinne des Art. 125 a Abs. 1 Satz 2 GG liegt, auch nach dem Vortrag der Antragstellerin, bis heute nicht vor.

bb) Die Änderungsverordnung dürfte auch materiell rechtmäßig, insbesondere verhältnismäßig sein.

Soweit durch die Änderungsverordnung in die Schutzbereiche der Art. 12 GG und 14 GG eingegriffen wird, dienen diese Eingriffe einem legitimen Zweck und sind zur Erreichung eines legitimen Zwecks erforderlich. Die vorgenommene Reduzierung der zulässigen Anzahl an Geldspielgeräten in Gaststätten dürfte notwendig sein, um Spielanreize und Verlustmöglichkeiten zu begrenzen und so den Jugend- und Spielerschutz im gewerblichen Spiel weiter zu verbessern und Spielsucht zu bekämpfen. Die Änderungsverordnung ist bei summarischer Prüfung auch verhältnismäßig, denn sie reduziert nur die zulässige Zahl aufgestellter Spielgeräte in Gaststätten, verbietet eine Aufstellung aber nicht gänzlich. Zudem tritt nach Art. 7 Abs. 5 der Sechsten Verordnung zur Änderung der Spielverordnung vom 4.11.2014 die Pflicht zur Reduzierung der zulässigen Anzahl an Geldspielautomaten erst mit Ablauf von über fünf Jahren, nämlich zum 1.11.2019, in Kraft. Die Antragstellerin hatte damit fünf Jahre Zeit, sich auf die veränderte Rechtslage einzustellen.

b) Auch ein Anordnungsgrund liegt nicht vor. Eine vorläufige gerichtliche Entscheidung ist vorliegend nicht erforderlich. Denn ein Verweis auf das Hauptsacheverfahren ist der Antragstellerin nicht aus besonderen Gründen unzumutbar. Zwar naht mit dem 1.11.2019 der Tag des Inkrafttretens des § 3 Abs. 1 S. 1 SpielV n. F., der der Antragstellerin die Reduzierung der in ihrer Gaststätte aufgestellten Geldspielgeräte von drei auf zwei Geräte auferlegt. Doch ergibt sich aus der Antragsrüge vom 3.10.2019, dass die Antragsgegnerin aktuell noch keinen Handlungsbedarf sieht und sich mit dem Thema frühestens im Frühjahr 2020 befassen will. Dass der Antragstellerin unter diesen Umständen ein Verweis auf das Hauptsacheverfahren aus besonderen Gründen unzumutbar sein könnte, ist somit gerade nicht ersichtlich.

## II.

Auch die zum ersten Hauptantrag hilfsweise beantragte Feststellung, dass die Antragstellerin - jedenfalls bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache - nicht verpflichtet ist, ab dem 1.11.2019 maximal nur noch zwei Geldspielgeräte in ihrer Gaststätte aufzustellen, bleibt aus den unter I. aufgeführten Gründen ohne Erfolg.

## III.

Der im zweiten Hauptantrag begehrte Erlass eines Hängebeschlusses bis zur Entscheidung über den unter I. behandelten Antrag hat sich mit der Entscheidung über den letztgenannten Antrag erledigt.

## IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 1 VwGO. Der Streitwert ergibt sich aus § 52 Abs. 2 GKG i. V. m. § 53 Abs. 2 Nr. 1 GKG i.V. m. Nr. 1.1.1 und Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013.

[...]