

# Urteil Az. 6 S 788/13\*

VGH Baden-Württemberg

17. September 2013

## Leitsätze

1. Bei der Entscheidung über die Erteilung einer Bestätigung für die Geeignetheit einer Schankwirtschaft als Aufstellungsort von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit ist auch die Veränderung des äußeren Gepräges der Schankwirtschaft zu berücksichtigen, welche durch das Aufstellen von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit entsteht.

2. Einer solchen Geeignetheitsbestätigung kann eine Bedingung beigefügt werden, welche deren Wirksamkeit davon abhängig macht, dass in der Schankwirtschaft eine geringere Zahl von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit als nach der Spielverordnung grundsätzlich erlaubt aufgestellt wird, wenn ansonsten der Schwerpunkt des Betriebs nicht mehr im Angebot von Getränken liegt. Eine entsprechende Beschränkung der Geeignetheitsbestätigung kann auch als Auflage erfolgen.

3. Bei der Beantwortung der Frage, ob eine Gaststätte ihren prägenden Charakter als Schankwirtschaft durch das Aufstellen von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit verliert, ist auch die erkennbare Betriebskonzeption der Schankwirtschaft zu berücksichtigen.

## Tenor

- 1 Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 21. März 2013 - 2 K 3319/12 - wird zurückgewiesen.
- 2 Die Beklagte trägt die Kosten des Berufungsverfahrens.
- 3 Die Revision wird nicht zugelassen.

---

\*<http://openjur.de/u/652409.html> (= openJur 2013, 40859)

## Tatbestand

- 4 Der Kläger, ein gewerblicher Automatenaufsteller mit einer Erlaubnis zur Aufstellung von Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit gemäß §33c Abs. 1 Satz 1 GewO, möchte erreichen, dass er in der Schankwirtschaft „...“ (früher: „... u.ä.), für die eine gaststättenrechtliche Erlaubnis erteilt wurde, nicht nur ein, sondern drei Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit in Form von Geldspielgeräten aufstellen darf.
- 5 Bereits die Klägerin im Parallelverfahren 6 S 789/13 hatte bei der Beklagten die Erteilung einer Bestätigung über die Geeignetheit dieses Aufstellungsortes gemäß §33c Abs. 3 GewO beantragt. Mit Bescheid vom 15.07.2010 lehnte die Beklagte den Antrag ab. Die nach Durchführung des Widerspruchsverfahrens beim Verwaltungsgericht Karlsruhe erhobene Klage wurde mit rechtskräftigem Urteil vom 31.05.2011 - 2 K 2685/10 - abgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, es liege keine Schankwirtschaft im Sinne von §1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV vor, denn nicht die Einnahme von Getränken stehe im Vordergrund, sondern die Betätigung an den Spielgeräten.
- 6 Nachdem in der Folgezeit die bis dahin in einem angrenzenden Raum erfolgte Vermittlung von Sportwetten aufgegeben und die gastronomischen Leistungen ausgebaut worden waren, bestätigte die Beklagte sowohl dem Kläger auf seinen Antrag hin als auch der Klägerin im Parallelverfahren 6 S 789/13 jeweils mit Bescheid vom 30.08.2011, dass die Schankwirtschaft gemäß §33c Abs. 3 GewO bei Aufstellung von maximal einem Spielgerät im Sinne des §33c Abs. 1 GewO den Vorschriften des §1 Abs. 1, 2 sowie §2 Nr. 1 - 3 der SpielV entspricht. Die Gaststätte verfüge nunmehr über ein gaststättentypisches Gepräge. Dieses würde jedoch aufgrund der geringen Größe der Gaststätte bei Aufstellung von mehr als einem Spielgerät verloren gehen. Der Kläger hat auf dieser Grundlage derzeit ein Geldspielgerät aufgestellt.
- 7 Auf den vom Kläger gestellten Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes verpflichtete das Verwaltungsgericht Karlsruhe mit Beschluss vom 16.02.2012 - 2 K 3246/11 - die Beklagte im Wege der einstweiligen Anordnung, dem Kläger vorläufig zu gestatten, zwei weitere Spielgeräte in der Schankwirtschaft aufzustellen. Auf die Beschwerde der Beklagten änderte der Senat mit Beschluss vom 23.07.2012 - 6 S 455/12 - diese Entscheidung und lehnte den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ab.
- 8 Der vom Kläger gegen die Beschränkung der Anzahl der zulässigen Geldspielgeräte im Bescheid vom 30.08.2011 eingelegte Widerspruch wurde vom Regierungspräsidium Karlsruhe mit Widerspruchsbescheid vom 08.02.2013 zurückgewiesen. Zur Begründung wurde ausgeführt, nach §33c Abs. 3, Abs. 1 Satz 3 GewO könnten Auflagen auch im Hinblick auf den Aufstellungsort erteilt werden. Eine Nebenbestimmung in Form einer Auflage sei demnach grundsätzlich zulässig. Bei der Beschränkung auf ein Gewinnspielgerät handele es sich um eine mod-

ifizierende Auflage. Es bestünden bereits Zweifel daran, ob es sich um einen Gaststättenbetrieb im spielrechtlichen Sinne handele, jedenfalls würde die Aufstellung der nach der Spielverordnung maximal zulässigen drei Geldspielgeräte erst recht dazu führen, dass nicht die Bewirtungsleistung, sondern das Spielangebot den Hauptzweck des Betriebes darstelle.

- 9 Der Kläger hat bereits am 03.12.2012 (Untätigkeits-)Klage erhoben mit dem Ziel der Aufhebung der Beschränkung der von der Beklagten erteilten Geeignetheitsbestätigung auf maximal ein Geldspielgerät, hilfsweise mit dem Ziel der Verpflichtung der Beklagten, ihm eine uneingeschränkte Geeignetheitsbestätigung zu erteilen. Er hat geltend gemacht, bei dem Zusatz zu der Geeignetheitsbestätigung, dass nur ein Geldspielgerät aufgestellt werden dürfe, handele es sich um eine isoliert anfechtbare Nebenbestimmung; der feststellende Verwaltungsakt könne auch ohne die Nebenbestimmung bestehen bleiben. Er habe auch einen Anspruch auf Erteilung der Geeignetheitsbestätigung ohne die Nebenbestimmung. Aus dem Wortlaut des §33c Abs. 3 Satz 1 GewO i.V.m. §33c Abs. 1 Satz 3 GewO ergebe sich, dass Auflagen nur nachträglich zu der erteilten Geeignetheitsbestätigung erteilt werden könnten. Auflagen seien nur hinsichtlich solcher Umstände zulässig, für die in der Spielverordnung keine abschließende Regelung enthalten sei. Die Anzahl der aufstellbaren Spielgeräte sei aber bereits abschließend in §3 Abs. 1 Satz 1 SpielV geregelt. Vorliegend handele es sich um eine Vollgaststätte, die ein durchschnittliches Angebot an alkoholischen und alkoholfreien Getränken anbiete. Die Schankräume seien von erheblicher Größe und besäßen ein gaststättentypisches Gepräge. Eine Vollgaststätte sei ein nach §1 SpielV geeigneter Ort zur Aufstellung von Spielgeräten. Dann verbiete es sich aber, den Schankbetrieb in Bezug zu der Aufstellung von Spielgeräten zu stellen.
- 10 Die Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Sie hat geltend gemacht, die Klage sei als Anfechtungsklage bereits unstatthaft. Denn bei der der Geeignetheitsbestätigung beigefügten fraglichen Bestimmung, handele es sich nicht um eine eigenständig mit der Anfechtungsklage angreifbare Auflage, sondern um eine einschränkende Inhaltsbestimmung des begünstigenden, feststellenden Verwaltungsakts. Unabhängig davon habe der Kläger jedenfalls keinen Anspruch auf die Erteilung einer uneingeschränkten Geeignetheitsbestätigung bzw. auf die Bestätigung, dass eine Geeignetheit beim Aufstellen von drei Geräten vorliege, denn beim Aufstellen von zwei oder drei Geldspielgeräten würde der Betrieb nicht mehr den Anforderungen des §1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV entsprechen. Auch ermögliche §33c Abs. 3 GewO keine Feststellung der Geeignetheit ungeachtet der Anzahl der aufzustellenden Spielgeräte. Die Geeignetheit des Aufstellungsortes könne nur dann von der Behörde im Sinne von §33c Abs. 1 GewO mittels feststellendem Verwaltungsakt bestätigt werden, wenn dort ein sogenanntes „gaststättentypisches Gepräge“ festgestellt werde, mithin der Schwerpunkt des Betriebes im Bereitstellen von Getränken und/oder Speisen sowie dem kommunikativen Miteinander der Gäste und nicht dem Betrieb der Geldspielgeräte liege. Sofern hingegen festzustellen sei, dass in diesem Sinne der Schwerpunkt wegen der geringen Größe einer Gaststätte auf dem Bereitstellen von Spielgeräten liegen

würde, wenn mehr als ein Spielgerät aufgestellt würde und dann keine Schank- und Speisewirtschaft im Sinne des §3 Abs. 1 Satz 1 SpielV mehr gegeben wäre, so lägen bei Erteilung einer umfassenden Geeignetheitsbestätigung die tatbestandlichen Voraussetzungen nicht vor. Vor Ergehen einer Ablehnung der - das Aufstellen von drei Geldspielgeräten bestätigenden - Geeignetheitsbestätigung müsse die Behörde - um die Verhältnismäßigkeit zu wahren - dann prüfen, ob nicht anderweitig sichergestellt werden könne, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen auch unter solchen Umständen gewahrt werden könnten. §3 Abs. 1 Satz 1 SpielV stehe nicht entgegen. Vielmehr regle die Vorschrift gerade, dass in Schankwirtschaften höchstens drei Geldspielgeräte aufgestellt werden dürften. Bereits die Einschränkung „höchstens“ lasse die Annahme zu, dass in Einzelfällen weniger als drei Geldspielgeräte zulässig seien und die Geeignetheitsbestätigung auch entsprechend gefasst werden dürfe. Auch werde die Auffassung nicht geteilt, dass es der Gesetzgeber im Rahmen von §3 Abs. 1 SpielV allein dem Aufsteller habe überlassen wollen, wie viele Geräte er aufstelle, was schon aus §3 Abs. 2 HS. 1 SpielV folge. Es bestünden auch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass eine inhaltliche Beschränkung der Geeignetheit des Aufstellungsortes auf weniger als drei Spielgeräte nur im Wege einer Auflage nach §33c Abs. 3 GewO ergehen könne, falls dies überhaupt zulässig sei. Desweiteren könne die gemäß §3 Abs. 2 Satz 1 SpielV für Spielhallen vorgeschriebene Mindestnutzfläche pro Spielgerät als einer von mehreren Anhaltspunkten dafür herangezogen werden, wann eine überwiegende Prägung durch den Spielbetrieb vorliege. Unter Berücksichtigung dessen und ausgehend von einem hiernach unterstellten Flächenbedarf von 12 qm pro Spielgerät würde bereits bei Aufstellung von mehr als einem Geldspielgerät die Gesamtfläche des Lokals von 41 qm zu weniger als 50 % gastronomisch genutzt.

- 11 Mit Urteil vom 21.03.2013, der Beklagten zugestellt am 02.04.2013, hat das Verwaltungsgericht die Beschränkung der von der Beklagten erteilten Geeignetheitsbestätigung auf maximal ein Geldspielgerät und den Widerspruchsbescheid des Regierungspräsidiums Karlsruhe aufgehoben. Zur Begründung wurde ausgeführt, die Klage sei zulässig und bereits hinsichtlich des Hauptantrags begründet. Die Beschränkung der dem Kläger von der Beklagten erteilten Geeignetheitsbestätigung auf maximal ein Spielgerät sei rechtswidrig. Allerdings sei bei der Bestimmung in dem angefochtenen Bescheid, dass die Schankwirtschaft (nur) bei Aufstellung von maximal einem Spielgerät den Vorschriften der Spielverordnung entspreche, keine Auflage gegeben, sondern eine einschränkende Inhaltsbestimmung des begünstigenden Verwaltungsakts. Bei der dem Kläger erteilten Bestätigung, dass die Schankwirtschaft bei Aufstellung von maximal einem Spielgerät den Vorschriften des §1 Abs. 1, 2 sowie §2 Nr. 1 - 3 SpielV entspreche, handele es sich um keine zu dem eigentlichen Verwaltungsakt hinzukommende selbstständige Regelung, sondern um ein Element der Beschreibung des Hauptinhalts des Verwaltungsakts. Dennoch handele es sich insoweit um eine selbstständig anfechtbare Teilregelung mit dem Charakter eines feststellenden Verwaltungsakts. Die Anfechtungsklage sei auch begründet, denn für die angefochtene Beschränkung der Geeignetheitsbestätigung auf maximal ein Spielgerät im

Sinne des §33c Abs. 1 GewO gebe es keine Rechtsgrundlage. §33c Abs. 3 Satz 1 GewO ermächtige die zuständige Behörde, schriftlich zu bestätigen, dass der Aufstellungsort den auf der Grundlage des §33f Abs. 1 Nr. 1 GewO erlassenen Durchführungsvorschriften entspreche. Eine Aussage über die hiernach an einem konkreten Aufstellungsort zulässige konkrete Zahl von Geräten lasse sich aber nicht unter die gesetzliche Formulierung subsumieren, dass der Aufstellungsort den Durchführungsvorschriften entspreche. Hierfür habe auch kein Bedürfnis bestanden. Soweit der Gesetzgeber in §1 Abs. 1 SpielV die Aufstellung von Geldspielgeräten überhaupt zugelassen habe, habe er in §3 SpielV hinsichtlich der Zahl der zulässigerweise aufstellbaren Geräte zwei unterschiedliche Regelungen getroffen. §3 Abs. 2 SpielV sehe für Spielhallen und ähnliche Unternehmen eine grundflächenbezogene Lösung bei gleichzeitig höchstens 12 zulässigen Geräten insgesamt vor. Demgegenüber sei in §3 Abs. 1 SpielV für die dort genannten Aufstellorte wie Schankwirtschaften lediglich geregelt, dass höchstens drei Geld- oder Warenspielgeräte aufgestellt werden dürften. Für diese Betriebe gelte somit die einfache Regel, dass höchstens drei Geldspielgeräte aufgestellt werden dürfen. Der Gesetzgeber sei offenbar davon ausgegangen, dass es im Rahmen des §3 Abs. 1 SpielV allein dem Aufsteller überlassen sei, wie viele Geräte er aufstellen wolle, solange er nicht mehr als drei Geräte aufstelle. Hätte der Gesetzgeber dies anders gesehen, hätte er Differenzierungskriterien vorsehen müssen. Es könne dahingestellt bleiben, ob, entsprechend der Rechtsprechung zu den Nebenbestimmungen, die isolierte Aufhebung der Beschränkung der Geeignetheitsbestätigung auf maximal ein Spielgerät voraussetze, dass der Restverwaltungsakt mit einem Inhalt weiterbestehen könne, der der Rechtsordnung entspreche, mithin nicht rechtswidrig würde, denn die Schankwirtschaft erfülle auch bei Aufstellung von drei Geldspielgeräten die Voraussetzungen der §§33c Abs. 3 Satz 1 GewO, 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV. Die streitgegenständliche Gaststätte werde in der Regel nicht in erster Linie wegen der Spielgeräte aufgesucht, sondern wegen der dort angebotenen Möglichkeit, mittels Sky Sportveranstaltungen anzusehen, dabei Getränke zu sich zu nehmen, zu rauchen und sich auch unterhalten zu können. Dies ergebe sich aus einer Gesamtschau der nunmehrigen Räumlichkeit und deren Gepräge. An diesem Gepräge werde sich auch bei einer Aufstellung von drei Geldspielgeräten nichts ändern. Auch dann werde die Betätigung an diesen nicht im Vordergrund stehen. Auch bei Aufstellung von drei Geldspielgeräten sei nicht davon auszugehen, dass die Gaststätte in erster Linie von Gästen aufgesucht werde, deren hauptsächliche Freizeitgestaltung im Spielen an Geldspielgeräten bestehe, sondern die Spieloptionen würden auch dann nach wie vor lediglich als zusätzliches Amüsement angeboten werden.

- 12 Die Beklagte hat am 11.04.2013 die vom Verwaltungsgericht zugelassene Berufung eingelegt und am 31.05.2013 begründet. Sie macht ergänzend geltend, das Verwaltungsgericht habe die der Geeignetheitsbestätigung beigefügte Bestimmung, dass der Aufstellungsort bei Aufstellen von maximal einem Spielgerät im Sinne des §33c Abs. 1 GewO den Vorschriften des §1 Abs. 1, 2 sowie §2 Nr. 1 - 3 SpielV entspreche, zunächst zutreffend als eine einschränkende Inhaltsbestimmung der Geeignetheitsbestätigung, und nicht als Auflage gew-

ertet. Allerdings sei das Verwaltungsgericht im Folgenden zu Unrecht davon ausgegangen, dass es sich bei dieser Beschränkung um eine selbstständig anfechtbare Teilregelung mit dem Charakter eines feststellenden Verwaltungsakts handele. Schließlich wäre für eine isolierte Aufhebung der Beschränkung der Geeignetheitsbestätigung auf maximal ein Geldspielgerät, entsprechend der Rechtsprechung zu den Nebenbestimmungen, ferner Voraussetzung, dass der Restverwaltungsakt mit einem Inhalt weiterbestehen könne, der der Rechtsordnung entspreche, mithin nicht rechtswidrig würde. Das heiße, dass bereits die isolierte Aufhebbarkeit der Beschränkung, deren grundsätzliche Zulässigkeit unterstellt, zwingend daran zu knüpfen wäre, dass die Schankwirtschaft auch bei Aufstellen von drei Geldspielgeräten die Voraussetzungen des §33c Abs. 3 Satz 1 GewO erfülle. Dies sei aber vorliegend nicht der Fall. Komme die isolierte Anfechtbarkeit der Beschränkung mit einer Anfechtungsklage nicht in Betracht, so verbleibe dem Kläger nur die Möglichkeit, im Wege der Verpflichtungsklage auf eine unbeschränkte Feststellung der Geeignetheit des Aufstellungsortes bzw. auf Feststellung der Geeignetheit beim Aufstellen von drei Geldspielgeräten zu klagen. Bei Aufstellen von drei Geldspielgeräten würde die Schankwirtschaft aber nicht mehr den Anforderungen des §1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV entsprechen. Der betriebliche Schwerpunkt würde bei Aufstellung von mehr als einem Geldspielgerät nicht mehr im Gaststättenbetrieb, sondern in der Bereitstellung der Geldspielgeräte liegen. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts betrage die Grundfläche nicht 51,47 qm, sondern sei deutlich kleiner, nämlich 41,20 qm. Auch der auf der Grundlage des Vororttermins gewonnene Gesamteindruck ergebe, dass beim Aufstellen von zwei weiteren Geldspielgeräten der Spielbetrieb im Vordergrund stünde.

- 13 Die Beklagte beantragt,
- 14 das Urteil des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 21. März 2013 - 2 K 3319/12 - zu ändern und die Klage abzuweisen.
- 15 Der Kläger beantragt,
- 16 die Berufung zurückzuweisen.
- 17 Er trägt ergänzend vor, entgegen der Behauptung der Beklagten verfüge die Gaststätte über einen vollständig eingerichteten Gaststättenbetrieb mit einem Schankraum von ca. 50 qm. Der Gesetzgeber habe eine Verbindung der Anzahl der aufstellbaren Spielgeräte zu der Raumgröße ausschließlich und abschließend für Spielhallen getroffen. Für Gaststätten könne dies nicht gleichermaßen gelten oder übertragen werden. Dies sei zur Gewährleistung des Jugend- und Spielerschutzes auch nicht erforderlich.
- 18 Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung vom 17.09.2013 einen Augenschein eingenommen. Wegen des Ergebnisses wird auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung verwiesen.

- 19 Dem Senat liegen die Akten der Beklagten (3 Bände), die Widerspruchsakte des Regierungspräsidiums Karlsruhe sowie die Akten des Verfahrens vor dem Verwaltungsgericht (2 K 3319/12) vor, desweiteren die Akten des vor dem Verwaltungsgericht geführten Eilverfahrens 2 K 3246/11 und des darauf bezogenen Beschwerdeverfahrens 6 S 455/12. Hierauf und auf die zwischen den Beteiligten im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze wird wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes verwiesen.

## Gründe

- 20 Die nach Zulassung durch das Verwaltungsgericht statthafte und auch im Übrigen zulässige Berufung ist nicht begründet. Das Verwaltungsgericht hat der Klage zu Recht stattgegeben.
- 21 I.
- 22 Das Verwaltungsgericht ist im Ergebnis zutreffend davon ausgegangen, dass die Klage mit ihrem Hauptantrag zulässig, also insbesondere als Anfechtungsklage statthaft ist. Der in der von der Beklagten erteilten Geeignetheitsbestätigung enthaltene Passus "bei Aufstellung von maximal einem Spielgerät i.S.d. §33c Abs. 1 GewO" ist selbstständig anfechtbar.
- 23 1. Bei dem fraglichen Passus handelt es sich weder um eine einschränkende Inhaltsbestimmung der Geeignetheitsbestätigung noch um einen feststellenden Verwaltungsakt, sondern um eine (auflösende) Bedingung der Geeignetheitsbestätigung.
- 24 a) Nach §33c Abs. 3 GewO Satz 1 GewO darf ein Gewerbetreibender Spielgeräte im Sinne des §33c Abs. 1 GewO (Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit) 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. Ist diese Voraussetzung gegeben, besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Bestätigung (VGH BW, Urt. vom 29.04.1997 - 14 S 1920/96 -, GewArch 1997, 294). Nach §33f Abs. 1 Nr. 1 GewO kann durch Rechtsverordnung zur Eindämmung der Betätigung des Spieltriebs, zum Schutz der Allgemeinheit und der Spieler sowie im Interesse des Jugendschutzes die Aufstellung von Spielgeräten auf bestimmte Gewerbebezweige, Betriebe oder Veranstaltungen beschränkt und die Zahl der jeweils in einem Betrieb aufgestellten Spielgeräte begrenzt werden. §33f Abs. 1 Nr. 1 GewO differenziert wie die auf dieser Grundlage erlassene Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit (Spielverordnung - SpielV-) i.d.F. der Bekanntmachung vom 27.01.2006 (BGBl. I 280, zuletzt geändert durch Gesetz vom 07.08.2013, BGBl. I 3154) zwischen Betrieben, in denen Spielgeräte mit

Gewinnmöglichkeit aufgestellt werden können (§§1, 2 SpielV), und der Zahl der Geräte, die in einem solchen Betrieb aufgestellt werden dürfen (§3 SpielV). Nach §1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV darf ein Spielgerät, bei dem der Gewinn in Geld besteht (Geldspielgerät) u.a. aufgestellt werden in Räumen von Schank- oder Speisewirtschaften, in denen Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden. Entsprechendes regelt §2 Nr. 1 SpielV für Spielgeräte, bei denen der Gewinn in Waren besteht (Warenspielgerät). Nach §3 Abs. 1 Satz 1 SpielV dürfen u.a. in Schankwirtschaften und Speisewirtschaften höchstens drei Geld- oder Warenspielgeräte aufgestellt werden.

- 25 b) Eine einschränkende Inhaltsbestimmung der Geeignetheitsbestätigung (auch: modifizierende Auflage, vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., §12 Rn. 16) könnte zum einen darin liegen, dass sie - abweichend von der Antragstellung - nur für einzelne Räume einer Schank- oder Speisewirtschaft i.S.d. §1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Nr. 1 SpielV erteilt wird oder - abweichend von der gesetzlich vorgesehenen Folge der Erteilung einer Geeignetheitsbestätigung - entgegen §3 Abs. 1 Satz 1 SpielV auf das Aufstellen von weniger als drei Geräten beschränkt wird.
- 26 Das ist mit dem fraglichen Passus im Tenor der Verfügung aber nicht erfolgt. Lediglich unter dem Punkt „Erläuterungen“ findet sich die Formulierung „... darf maximal eins dieser Spielgeräte aufgestellt werden“. Die Beklagte will mit dem fraglichen Passus ausweislich der Begründung der Verfügung vielmehr sicherstellen, dass die Erteilungsvoraussetzungen der Geeignetheitsbestätigung vorliegen. Das spricht (arg. e §36 Abs. 1 Var. 2 LVwVfG) für das Vorliegen einer Nebenbestimmung. Der Wortlaut („bei“ i.S.v. „vorausgesetzt, dass“) ist im Sinne einer (auflösenden) Bedingung zu verstehen, mit der die Geeignetheitsbescheinigung „steht und fällt“, von der also die Wirksamkeit des Verwaltungsakts abhängen soll, was wiederum gegen eine (bloße) Auflage spricht (vgl. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., §21 Rn. 17). Dagegen spricht ebenfalls, dass die Beklagte in der angefochtenen Verfügung einzelne Auflagen ausdrücklich als solche angeordnet hat. Schließlich handelt es sich auch nicht um eine auflösende Bedingung in Form eines Widerrufsvorbehalts. Auch solche Widerrufsvorbehalte hat die Beklagte in der angefochtenen Verfügung (formulärmäßig) ansonsten ausdrücklich angeordnet und zwar u.a. auch allgemein für den Fall, dass sich eine Schank- oder Speisewirtschaft in einen Betrieb umwandelt, in dem zwar weiterhin Speisen und Getränke serviert werden, gaststättentypische Tätigkeiten aber nicht mehr im Vordergrund stehen. Wenn hiervon auch der streitgegenständliche Fall hätte erfasst werden sollen, dass dies durch die Zahl der Gewinnspielgeräte erfolgt, hätte es keiner gesonderten Regelung bedurft.
- 27 Für die Annahme, die Beklagte habe mit dem fraglichen Passus - neben der Feststellung der Geeignetheit - einen weiteren feststellenden Verwaltungsakt erlassen wollen, fehlt jeglicher Anhaltspunkt. Anders als in dem vom Verwaltungsgericht in Bezug genommenen Fall einer Geeignetheitsbestätigung für eine Spielhalle (§§1 Abs. 1 Nr. 2, 2 Nr. 2 SpielV), bei der die Zahl der zulässigen Geld- oder



Warenspielgeräte von der Grundfläche der Spielhalle abhängig ist (§3 Abs. 2 Satz 1 SpielV) und die Grundfläche Gegenstand einer Feststellung sein kann, aus der dann wiederum unter Anwendung der Regelung des §3 Abs. 2 SpielV die Zahl der zulässigen Spielgeräte abgeleitet werden kann, fehlt es im Fall der §§1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Nr. 1 SpielV an einem feststellungsfähigen Sachverhalt. Die Zahl der (maximal) zulässigen Geräte in einer Schank- und Speisewirtschaft ist in §3 Abs. 1 Satz 1 SpielV bereits ausdrücklich geregelt; sie hängt nicht von einem weiteren Parameter ab, der festgestellt werden könnte.

- 28 c) Für eine Auslegung des fraglichen Passus als (auflösende) Bedingung spricht auch, dass sie anders als eine einschränkende Inhaltsbestimmung oder ein feststellender Verwaltungsakt dieses Inhalts, von deren Vorliegen das Verwaltungsgericht ausgeht, gem. §36 Abs. 1 Var. 2 LVwVfG - ebenso wie eine hierauf gestützte Auflage (vgl. dazu Hahn, in: Friauf, GewO, §33c Rn. 50) - zulässig ist (vgl. zu diesem Auslegungsgesichtspunkt Maurer, a.a.O.).
- 29 aa) §33c Abs. 3 Satz 1 GewO ermächtigt die zuständige Behörde, schriftlich zu bestätigen, "dass der Aufstellungsort den auf der Grundlage des §33f Abs. 1 Nr. 1 erlassenen Durchführungsvorschriften entspricht". Diese Formulierung zielt auf die in der ersten Alternative des §33f Abs. 1 Nr. 1 GewO angesprochenen Durchführungsvorschriften, die festlegen, in welchen Gewerbezeilen, Betrieben oder Veranstaltungen die Aufstellung von Spielgeräten zulässig ist. Nur diesen Vorschriften kann ein "Aufstellungsort" von Spielgeräten "entsprechen". Mit seiner zweiten Alternative ermächtigt §33f Abs. 1 Nr. 1 GewO zwar zum Erlass von Vorschriften über die am jeweiligen Aufstellungsort erlaubte Anzahl der Spielgeräte. Eine Aussage über die hiernach am konkreten Aufstellungsort zulässige Gerätezahl oder über die dafür maßgebende Größe der Grundfläche lässt sich aber nicht unter die gesetzliche Formulierung subsumieren, dass der "Aufstellungsort" den "Durchführungsvorschriften entspricht" (BVerwG, Urt. vom 22.10.1991 - 1 C 1/91 -, GewArch 1992, 62). Ein Aufstellungsort, dessen Geeignetheit bestätigt werden kann, wird also nach der gesetzlichen Regelungskonzeption nur durch §§1, 2 SpielV beschrieben, nicht durch §3 SpielV. Entspricht ein Aufstellungsort §§1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Nr. 1 SpielV, können dort gem. §3 Abs. 1 Satz 1 SpielV bis zu drei Geld- oder Warenspielgeräte aufgestellt werden.
- 30 bb) Was eine Schank- oder Speisewirtschaft i.S.d. §§1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Nr. 1 SpielV ist, ist grundsätzlich in Anknüpfung an das Gaststättenrecht zu bestimmen (VGH BW, Urt. vom 30.08.1994 - 14 S 563/94 -, VGHBW-Ls 1994, Beilage 11, B7). Dass danach eine erlaubnispflichtige Schankwirtschaft i.S.v. §1 LGastG i.V.m. §1 Abs. 1 Nr. 1, §2 Abs. 1 Satz 1 GastG vorliegt, ist zwischen den Beteiligten unstrittig. Geeigneter Aufstellungsort sind nur die Räume einer Schank- oder Speisewirtschaft, in denen - tatsächlich - Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden (BayVGH, Beschl. vom 23.10.1996 - 22 B 96.1187 -, GewArch 1997, 65). Es sind aus Gründen des Spieler-, Kinder- und Jugendschutzes nur solche Räume gemeint, die

durch den Schank- oder Speisebetrieb geprägt sind und nicht überwiegend einem anderen Zweck dienen und in denen sich das Spielen deshalb als Annex der Bewirtungsleistung darstellt (BVerwG, Beschl. vom 18.03.1991 - 1 B 30.91 -, GewArch 1991, 225 unter Bezugnahme auf BR-Drs. 752/75). Damit scheidet jenseits der Regelung des §1 Abs. 2 SpielV - sowohl Räume von Betrieben aus, die von vornherein nicht in die Liste der §§1 Abs. 1, 2 SpielV aufgenommen wurden, weil eine Kanalisierung und Kontrollierung des Spielverhaltens nicht gewährleistet ist, und die auch dann von Geld- oder Warenspielgeräten freigehalten werden sollten, wenn als Nebenleistung Speisen oder Getränke angeboten werden (z.B. Videothek, Warenhaus; s. BVerwG, a.a.O.; VGH BW, Urt. vom 29.04.1997 - 14 S 1920/96 -, GewArch 1997, 294), als auch Räume von Betrieben, die zwar in die Liste der §§1 Abs. 1, 2 SpielV aufgenommen wurden und in denen das Aufstellen von Geld- oder Warenspielgeräten zulässig ist, deren Schwerpunkt aber gerade das Bereitstellen von Spielgeräten ist und die deshalb besonderen Zulassungsvoraussetzungen unterliegen, auch wenn als Nebenleistung Speisen und Getränke angeboten werden (z.B. Spielhallen; s. BVerwG, a.a.O.; vgl. auch BVerwG, Urt. vom 04.10.1988 - 1 C 59.86 -, GewArch 1989, 23; BayVGH, a.a.O.; OVG Berlin, Beschl. vom 21.12.2010 - 1 S 224.10 -, ZfWG 2011, 130; OVG NRW, Urt. vom 10.12.1990 - 4 A 2423/89 -, GewArch 1991, 224).

- 31 Bei der Beurteilung der Frage, ob der Schwerpunkt eines Betriebs im Angebot von Speisen und Getränken oder im Bereitstellen von Spielgeräten liegt, ist auch die Veränderung zu berücksichtigen, welche durch das Aufstellen von Geld- oder Warenspielgeräten entsteht, mit Blick auf die eine Geeignetheitsbestätigung erteilt werden soll. Sind ohne diese Veränderung die Voraussetzungen der §§1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Nr. 1 SpielV gegeben, ist zu prüfen, ob nach dem Aufstellen dieser Geräte der Schwerpunkt des Betriebs noch im Angebot von Speisen oder Getränken liegt. Ist dies nicht der Fall, ist die Geeignetheitsbestätigung zu versagen, weil die Ausnutzung der Geeignetheitsbestätigung den Wegfall der hierfür erforderlichen tatbestandlichen Voraussetzungen zur Folge hätte. Die erteilte Bestätigung könnte dann nach §49 LVwVfG widerrufen oder, wenn die Geräte schon vor Erteilung der Bestätigung in Betrieb genommen worden waren, nach §48 LVwVfG zurückgenommen werden (vgl. zu einer solchen Konstellation OVG NRW, Urt. vom 10.12.1990 - 4 A 2423/89 -, GewArch 1991, 224). Auf die Erteilung einer widerrufenen oder rücknahmefähigen Bestätigung besteht aber kein Anspruch (Senat, Beschl. vom 28.11.2011 - 6 S 2587/11 - m.w.N.; vgl. auch BVerwG, Beschl. vom 02.03.1989 - 1 B 24/89 -, GewArch 1989, 163: kein Sachbescheidungsinteresse). Die mit der Geeignetheitsbestätigung nach §33c Abs. 3 Satz 1 GewO i.V.m. §§1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Nr. 1 SpielV beabsichtigte, im einzelnen in §3 Abs. 1 Satz 1 SpielV näher geregelte Rechtsfolge, der zulässige Betrieb von Geld- oder Warenspielgeräten, wird also für die Beurteilung der Tatbestandsvoraussetzungen der Geeignetheitsbestätigung relevant (vgl. zu einem anderen Fall der Verzahnung von §§1, 2 SpielV einerseits und §3 SpielV andererseits BVerwG, a.a.O.).

- 32 cc) Ergibt die Prüfung der zuständigen Behörde, dass dann, wenn gem. §3 Abs.

1 Satz 1 SpielV drei Geld- oder Warenspielgeräte aufgestellt werden, die Abgabe von Speisen oder Getränken nur noch als Nebenleistung anzusehen wäre, ist die Erteilung der Geeignetheitsbestätigung grundsätzlich abzulehnen (vgl. BVerwG, a.a.O.; VG Berlin, Beschl. vom 21.09.2011 - 4 K 153/11 -, juris).

- 33 dd) Ergibt die Prüfung der zuständigen Behörde weiter, dass, wenn nur ein oder zwei Geld- oder Warenspielgeräte aufgestellt werden, die Abgabe von Speisen oder Getränken nach wie vor den Hauptzweck des Betriebs darstellt, hat sie auf der Grundlage des §33c Abs. 3 GewO auch nicht die Möglichkeit, eine Geeignetheitsbestätigung zu erteilen, aber abweichend von §3 Abs. 1 Satz 1 SpielV als Inhalt der Geeignetheitsbestätigung vorzugeben, dass nur ein oder zwei Geräte aufgestellt werden dürfen. Denn Gegenstand einer Geeignetheitsbestätigung nach §33c Abs. 3 GewO bildet allein die Geeignetheit des Aufstellungsortes. Der Geeignetheitsbestätigung kommt keine Klärungsfunktion in Bezug darauf zu, wie viele Geräte am Aufstellungsort zulässig sind (BVerwG, Urt. vom 22.10.1991 - 1 C 1/91 -, GewArch 1992, 62), sie regelt nicht die Anzahl der Gewinnspielgeräte, die aufgestellt werden dürfen (VGH BW, Urt. vom 30.08.1994 - 14 S 563/94 -, VGHBW-Ls 1994, Beilage 11, B7). Damit scheidet eine „einschränkende Inhaltsbestimmung“ der Geeignetheitsbestätigung in Form der Beschränkung auf weniger als drei Geräte aus (so aber VG Berlin, Beschl. vom 20.01.2010 - 4 L 357.09 -, juris; wie hier Lieber, VBIBW 2011, 6 (13); zutreffend Beschluss des Verwaltungsgerichts vom 16.02.2012 - 2 K 3246/11 -).
- 34 ee) §33c Abs. 3 GewO bietet - wovon das Verwaltungsgericht zutreffend ausgeht - aus diesen Gründen auch keine Rechtsgrundlage für einen feststellenden Verwaltungsakt über die Anzahl der am Aufstellungsort zulässigen Geräte (in diese Richtung gehend schon VGH BW, a.a.O., unter Bezugnahme auf BVerwG, Urt. vom 22.10.1991 - 1 C 1/91 -, GewArch 1992, 62 für eine Feststellung zur Größe einer Spielhalle, aus der sich gem. §3 Abs. 2 Satz 1 SpielV die zulässige Zahl von Geräten ableiten lässt).
- 35 ff) Die Zahl der in einer Schank- oder Speisewirtschaft zulässigen Geld- oder Warenspielgeräte dürfte - was vorliegend aber keiner abschließenden Entscheidung bedarf - abweichend von §3 Abs. 1 Satz 1 SpielV auch nicht im Wege einer Auflage zur Geeignetheitsbestätigung gem. §36 Abs. 1 Var. 1 LVwVfG i.V.m. §33c Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Abs. 1 Satz 3 GewO ergehen können. Zwar hat es das Bundesverwaltungsgericht (a.a.O.) als zulässig angesehen, gem. §36 Abs. 1 Var. 1 LVwVfG i.V.m. §33c Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Abs. 1 Satz 3 GewO aus Gründen des Schutzes der Allgemeinheit, also des öffentlichen Interesses, der dem Automatenaufsteller zu erteilenden Geeignetheitsbestätigung die Auflage beizufügen, dass am Aufstellungsort, einer Spielhalle, nicht mehr als eine bestimmte, nach der in der Auflage festgelegten Grundfläche gem. §3 Abs. 2 Satz 1 SpielV zulässige Anzahl von Geräten aufgestellt wird. Im Fall des §3 Abs. 1 Satz 1 SpielV gibt es, anders als in §3 Abs. 2 Satz 1 SpielV mit der Grundfläche, aber keinen gesetzlich vorgegebenen, für die Berechnung der zulässigen Gerätezahl maßgeblichen Parameter, der in tatsächlicher Hinsicht streitig sein

kann, so dass eine Festlegung erforderlich würde. Vielmehr regelt §3 Abs. 1 Satz 1 SpielV bereits selbst abschließend die maximal zulässige Zahl der Geld- oder Warenspielgeräte, so dass ein öffentliches Interesse an einer Regelung ausscheidet; jedenfalls benennt §3 Abs. 1 Satz 1 SpielV aber keinen Parameter, aufgrund dessen eine Festsetzung der zulässigen Gerätezahl unterhalb der Höchstgrenze erfolgen kann. Damit erscheint jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Vorbehalts des Gesetzes (vgl. dazu Kopp/Ramsauer, VwVfG, 12. Aufl., §36 Rn. 39) mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG zweifelhaft, ob die Ermächtigung zur Beifügung von Auflagen in §33c Abs. 3 Satz 3 i.V.m. Abs. 1 Satz 3 GewO in dieser Konstellation ausreichend ist (VG München, Urt. vom 02.08.2012 - M 16 K 12.297 -, juris; a.A. Lieber, a.a.O.; Mock, VBlBW 2013, 131 (140); vgl. auch Hahn, in: Friauf, GewO, §33c Rn. 50).

- 36 gg) Stellt die Abgabe von Speisen und Getränken nach wie vor den Hauptzweck des Betriebs dar, wenn nur ein oder zwei Geld- oder Warenspielgeräte aufgestellt werden, eröffnet §36 Abs. 1 Var. 2 LVwVfG der Behörde aber die Möglichkeit, durch Aufnahme einer Nebenbestimmung sicherzustellen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen der Geeignetheitsbestätigung, nämlich das Vorliegen einer Schank- oder Speisewirtschaft als prägendes Betriebselement, erfüllt bzw. aufrecht erhalten werden (zur zeitlichen Dimension vgl. Kopp/Ramsauer, VwVfG, §36 Rn. 45), indem sie - alternativ zu einer auf §36 Abs. 1 Var. 2 LVwVfG gestützten Auflage (vgl. dazu Hahn, in: Friauf, GewO, §33c Rn. 50) - die Erteilung der Geeignetheitsbestätigung dadurch auflösend bedingt, dass mehr als ein oder zwei Geld- oder Warenspielgeräte aufgestellt bzw. betrieben werden. Mit der weiteren oder vollständigen Ausnutzung der selbst nicht beschränkten Geeignetheitsbestätigung entfällt diese (vgl. dazu Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO, §33c Rn. 35; zweifelnd Hahn, a.a.O.). Nichts anderes gilt, wenn Spielgeräte mit Gewinnmöglichkeit bereits ohne Genehmigung in einer Anzahl betrieben werden, dass ihr Betrieb den Hauptzweck der Einrichtung darstellt und die Erteilung der Geeignetheitsbescheinigung unter die aufschiebende und auflösende Bedingung gestellt wird, dass zukünftig und auf Dauer nur ein oder zwei Geräte betrieben werden, so dass die Abgabe von Speisen oder Getränken wieder den Hauptzweck des Betriebs darstellt. Solche Bedingungen verstoßen auch nicht gegen §36 Abs. 3 LVwVfG, indem sie dadurch dem Zweck der Geeignetheitsbestätigung zuwiderlaufen, dass sie Zweifel über die Geeignetheit begründen, weil der Gewerbetreibende im Einzelfall nicht weiß, ob die Bedingung eingetreten ist und die Bestätigung (schon oder noch) wirksam ist (vgl. Hahn, a.a.O.). Denn solche Zweifel sind mit Blick auf die maßgebliche Gerätezahl, anders als etwa bei der Umwandlung des Aufstellungsorts in eine nach §1 Abs. 2 SpielV ungeeignete Betriebsart (vgl. dazu Marcks, a.a.O.), nicht zu erwarten.
- 37 2. Die der Geeignetheitsbestätigung beigefügte Bedingung ist zulässiger Gegenstand einer Anfechtungsklage. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. Urteil vom 22.11.2000 - 11 C 2/00 -, BVerwGE 112, 221) ist gegen alle belastenden Nebenbestimmungen zu begünstigenden Verwaltungsakten grundsätzlich die Anfechtungsklage gegeben. Demgegenüber ist

es eine Frage der Begründetheit der Klage, ob diese zur isolierten Aufhebung der Nebenbestimmung führen kann. Die isolierte Anfechtung der Nebenbestimmung ist hier auch nicht deshalb ausnahmsweise unzulässig, weil ihre isolierte Aufhebung offenkundig von vornherein ausscheiden würde (vgl. BVerwG, a.a.O.).

- 38 3. Dem Kläger fehlt es nicht am Rechtsschutzbedürfnis, weil auch die Klägerin im Verfahren 6 S 789/13 eine Geeignetheitsbestätigung für die streitbefangene Gaststätte erstrebt. Die Geeignetheit eines Aufstellungsortes kann mehreren Automatenaufstellern bestätigt werden.
- 39 II.
- 40 Die Anfechtungsklage ist auch begründet.
- 41 Die von der Beklagten der Geeignetheitsbestätigung beigefügte Bedingung ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten (§113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).
- 42 Soweit der Vortrag des Klägers dadurch bestimmt ist, dass er annimmt, eine Schankwirtschaft i.S.d. §§1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Nr. 1 SpielV liege schon dann vor, wenn gaststättenrechtlich eine (erlaubnispflichtige) Schankwirtschaft gegeben ist, dringt er damit allerdings - wie vorstehend ausgeführt - von vornherein nicht durch. Einer Geeignetheitsbestätigung i.S.v. §33c Abs. 3 Satz 1 GewO für eine Schankwirtschaft i.S.d. §§1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Nr. 1 SpielV darf vielmehr gem. §36 Abs. 1 Var. 2 LVwVfG eine Nebenbestimmung in Form einer auflösenden Bedingung beigefügt werden, welche die Wirksamkeit der Geeignetheitsbestätigung davon abhängig macht, dass in der Schankwirtschaft eine geringere Zahl von Geld- oder Warenspielgeräten als nach §3 Abs. 1 Satz 1 SpielV erlaubt aufgestellt wird, wenn ansonsten der Schwerpunkt des Betriebs nicht mehr im Angebot von Getränken liegt.
- 43 Maßgeblich für die Frage, ob eine Schankwirtschaft ihren Charakter verliert, wenn (weitere) Geldspielgeräte hinzutreten, hat eine Würdigung der diesen Sachverhalt im Einzelfall prägenden Indizien zu sein. Entscheidend ist, ob diese Indizien die Einschätzung rechtfertigen, es handele sich nach äußerlich erkennbaren Kriterien (vgl. etwa Hahn, in: Friauf, GewO, §1 SpielVO Rn. 17) um eine Schankwirtschaft, in der lediglich ergänzend, d.h. gleichsam als "Zubehör" Geld- oder Warenspielgeräte aufgestellt sind. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Geld- oder Warenspielgeräte in den Räumlichkeiten eine Dominanz entfalten, angesichts derer die Ausgabe von Getränken zur Nebensache wird. Als Anhaltspunkte kommen dabei nach der Rechtsprechung des Senats u.a. Größe und Einrichtung der Lokalität sowie die Art der angebotenen Getränke in Betracht. Weitere Kriterien für die Ermittlung des Schwerpunkts eines Betriebes können z.B. das Vorhandensein oder Fehlen einer Außenwerbung für die Gaststättennutzung sowie das Vorhandensein oder Fehlen von Vorkehrungen zur Einschränkung der Einsehbarkeit von außen sein (vgl. dazu Senat, Beschlüsse vom

26.04.2011 - 6 S 2157/10 -; vom 10.07.2012 - 6 S 307/12 -; vom 26.06.2013 - 6 S 1099/13 -; vom 24.07.2013 - 6 S 1253/13 -; zu weiteren Gesichtspunkten vgl. etwa OVG Lüneburg, Beschl. vom 30.03.2010 - 1 ME 54/10 -, juris).

- 44 Die streitbefangene Gaststätte verliert ihren prägenden Charakter als Schankwirtschaft auch dann nicht, wenn zusätzlich zu dem bereits aufgestellten Geldspielgerät zwei weitere Geldspielgeräte hinzutreten, weshalb die angefochtene Bedingung der Geeignetheitsbestätigung zu Unrecht beigefügt wurde. Dabei ist mit Blick auf die vielfältigen Möglichkeiten, eine Schankwirtschaft zu betreiben und den Wandel, dem dies unterliegt, auch die jeweils erkennbare Betriebskonzeption zu berücksichtigen.
- 45 Hinsichtlich der Größe der Gaststätte geht der Senat dabei von einer Grundfläche von etwas mehr als 51 qm und einer Schankfläche, d.h. der nach Abzug der von der Theke und den Toiletten eingenommenen Flächen von der Grundfläche verbleibenden Fläche, von etwas mehr als 41 qm aus. Die von den Beteiligten jeweils herangezogenen Pläne unterscheiden sich lediglich in der Lage, nicht in der Größe einer Toilette, die Differenz der Flächenangaben beruht auf der Unterscheidung von Grund- und Schankfläche. Maßgeblich für die vorzunehmende Betrachtung kann dabei nach den vorstehenden Ausführungen nur die Schankfläche sein. Demgegenüber bleibt die Außenwirtschaftsfläche unberücksichtigt. Denn nach §§1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Nr. 1 SpielV dürfen Geld- und Warenspielgeräte in Räumen von Schank- oder Speisewirtschaften aufgestellt werden. Die Außenwirtschaftsfläche stellt aber bereits keinen „Raum“ i.S. dieser Bestimmungen dar, da es insoweit an der erforderlichen Abgegrenztheit fehlt (vgl. zu den Anforderungen an den Begriff der „Räume“ i.S. der Spielverordnung VGH BW, Urt. vom 29.04.1997 - 14 S 1920/96 -, GewArch 1997, 294). Die Gaststätte verfügt - je nach „Belegung“ der neben Stühlen und Barhockern vorhandenen Sitzbank - über 25-35 Sitzmöglichkeiten an sechs Tischen und an der Theke. Im gesamten Gastraum verteilt befinden sich vier Bildschirme, auf denen über Sky Sportübertragungen empfangen werden können. Die Inhaberin der Gaststätte, die Klägerin im Verfahren 6 S 789/13, hat in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass sie in erster Linie Publikum anspricht, das sich gerade auch aus Anlass insbesondere von Fußballübertragungen in einer Gaststätte treffen und dabei Getränke, vorzugsweise aus Flaschen, konsumieren will. Diese werden in der Gaststätte in Getränkekühlschränken aufbewahrt. Auf die Sportübertragungen wird an der Eingangstür hingewiesen.
- 46 Die Gaststätte verliert ihren prägenden Charakter als Schankwirtschaft bei Aufstellen von drei Geldspielgeräten nicht schon aufgrund der Größe ihrer Schankfläche. Es bedarf in diesem Zusammenhang keiner abschließenden Entscheidung, ob der gem. §3 Abs. 2 Satz 1 SpielV für Spielhallen vorgeschriebenen Mindestnutzfläche von 12 qm pro Spielgerät überhaupt ein Anhaltspunkt dafür zu entnehmen ist, wann eine überwiegende Prägung durch den Spielbetrieb vorliegt (vgl. dazu Lieber, VBIBW 2011, 6 (12 f.)). Jedenfalls hätte dies nicht, wie die Beklagte meint, die schematische Folge, dass die sich danach ergebende „Auf-

stellungsfläche“ weniger als 50 Prozent der Schankfläche einnehmen muss, die Schankfläche für das Aufstellen von drei Spielgeräten mit Gewinnmöglichkeit also mindestens etwas mehr als 72 qm betragen muss. Maßgebend bleiben vielmehr in jedem Fall die Umstände des Einzelfalls. Vorliegend ist die Schankfläche mit etwas mehr als 41 qm zwar nicht besonders groß. Allerdings ist fast die Hälfte der Sitzplätze platzsparend in Form einer an einer Seite der Gaststätte durchlaufenden Sitzbank angebracht, so dass der Gastraum, auch aufgrund des kleinen Thekenbereichs, größer und die Einrichtung aufgelockert wirkt. Auch ist zu berücksichtigen, dass die (weiteren) Geldspielgeräte neben dem bereits vorhandenen Gerät an der Fensterfront der Gaststätte zum ... hin, die derzeit freigehaltenen ist, über einem Lüftungsgitter aufgestellt werden sollen, so dass die faktische Schankfläche hierdurch nicht oder kaum reduziert wird.

- 47 Die Gaststätte verliert ihren prägenden Charakter als Schankwirtschaft bei Aufstellen von drei Geldspielgeräten auch nicht mit Blick auf das Getränkeangebot. Dieses umfasst zum einen zahlreiche Positionen. Zum anderen erklärt sich seine relativ günstige Preisgestaltung ebenso wie seine Darbietung aus der beschriebenen Betriebskonzeption der Schankwirtschaft. Dementsprechend kann auch aus dem Fehlen einer Zapfanlage und einer Spülmaschine nichts Gegenteiliges abgeleitet werden. Auch die vorhandene Kaffeemaschine ist vor diesem Hintergrund ausreichend.
- 48 Schließlich liefert auch die Außengestaltung der Gaststätte keine durchgreifenden gegenläufigen Indizien. Zwar wird durch die blickdichten Beklebungen der Fensterflächen der Gaststätte zum ... und zu der davon abzweigenden Passage in einer Höhe zwischen 0,70 m und 1,70 m über Fußbodenhöhe ein (teilweiser) Schutz vor einer Einsicht von außen geschaffen, wie er spielhallentypisch ist. Andererseits dienen die Beklebungen zum ... hin durch ihre Beschriftung der Außenwerbung für die Gaststätte und haben die Beklebungen zur Passage hin Hinweisfunktion für die in der Passage liegende Sportwettenannahme. Schließlich wird die Gaststätte durch die - mit Blick auf die umliegenden Gaststätten, die ebenfalls Außenwirtschaftsflächen aufweisen - nachvollziehbare Außenbewirtschaftung im Sommerhalbjahr nach außen geöffnet.
- 49 Mithin kann die Schankwirtschaft mit ihrer konkreten Betriebskonzeption nach dem vom Senat eingenommenen Augenschein auf der vorhandenen Schankfläche und mit der bestehenden Einrichtung auch dann noch dominierend betrieben werden, wenn an der derzeit freigehaltenen Fensterfront der Gaststätte zum ... hin neben dem bereits aufgestellten Geldspielgerät zwei weitere Geldspielgeräte aufgestellt werden. Diese runden vielmehr das Gesamtangebot ab, ohne es zu prägen.
- 50 III.
- 51 Die Kostenentscheidung folgt aus §154 Abs. 2 VwGO.

- 52 IV.
- 53 Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Revision nach §132 Abs. 2 VwGO sind nicht gegeben.
- 54 Beschluss vom 17. September 2013
- 55 Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird gem. §§63 Abs. 2 Satz 1, 52 Abs. 1, 47 Abs. 1 GKG auf 6.664,- festgesetzt.
- 56 Dieser Beschluss ist unanfechtbar.