

## **VGH Baden-Württemberg – Beschl. v. 19.2.2018 – 6 S 2610/17**

### **Leitsätze:**

Als Aufstellungsort von Geldspielgeräten im Sinne des § 33c Abs. 3 Satz 1 GewO i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV kommen nur solche Räume in Betracht, die durch den Schank- oder Speisebetrieb geprägt sind und nicht überwiegend einem anderen Zweck dienen (vgl. BVerwG. Beschluss vom 18.3.1991 - 1 B 30.91 - GewArch, 1991, 225; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 17.9.2013 - 6 S 788/13 - GewArch. 2014, 86).

Eine entsprechende Prägung lässt sich nicht nur an rein visuell wahrnehmbaren Kriterien festmachen, sie ist auch einer wirtschaftlichen, sich am Betriebskonzept orientierenden Bewertung zugänglich. Dazu kann auch der Umsatz aus dem Getränkeverkauf und den Geldspielgeräten herangezogen werden.

### **Tenor:**

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Freiburg vom 3. November 2017 - 5 K 8980/17 - wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert wird unter Abänderung der Streitwertfestsetzung durch das Verwaltungsgericht von Amts wegen für beide Rechtszüge jeweils auf 5.000.- EUR festgesetzt.

### **Gründe:**

I. Die nach § 146 Abs. 4 VwGO statthafte und auch sonst zulässige Beschwerde hat keinen Erfolg. Die zur Begründung der Beschwerde innerhalb der Frist des § 146 Abs. 4 Satz 1 VwGO dargelegten Gründe, auf deren Prüfung der Senat grundsätzlich beschränkt ist (§ 146 Abs. 4 Satz 6 VwGO), geben dem Senat keine Veranlassung, den Beschluss des Verwaltungsgerichts abzuändern. Mit diesem hat das Verwaltungsgericht den Antrag des Antragstellers abgelehnt, die aufschiebende Wirkung seines Widerspruchs gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 12.10.2017 wiederherzustellen bzw. anzuordnen. Die Antragsgegnerin hat hiermit die dem Antragsteller unter dem 09.09.2014 (nicht: 06.12.2013) erteilte Bestätigung über die Geeignetheit des Aufstellungsortes gem. § 33c Abs. 3 GewO für die Räumlichkeiten des „xxx“ (jetzt: „xxx“ bzw. „xxx“) in der xxxStraße X xxx, widerrufen (Ziff. 1), die Entfernung der drei aufgestellten Spielautomaten bis spätestens 18.10.2017 verfügt (Ziff. 2), den Sofortvollzug angeordnet (Ziff. 4 in Verbindung mit der

Vollzugsanordnung vom 20.10.2017) und ein Zwangsgeld in Höhe von 500,— EUR für den Fall der Missachtung der Anordnung in Ziff. 2 angedroht (Ziff. 3).

Das Verwaltungsgericht ist davon ausgegangen, dass der Sofortvollzug im Schreiben vom 20.10.2017 ordnungsgemäß begründet wurde und hat den Antrag insgesamt abgelehnt. Der Widerruf der Geeignetheitsbestätigung sei zu Recht ergangen, weil der Aufstellungsort nicht den Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV entspreche. Geeigneter Aufstellungsort seien nur Räume einer Schank- oder Speisewirtschaft, die durch den Schank- oder Speisebetrieb geprägt seien und nicht überwiegend einem anderen Zweck dienen. Dies sei im Falle des Antragstellers nicht gegeben, die Abgabe nur von Getränken sei bei der gebotenen Gesamtbetrachtung als Nebenleistung anzusehen. Der Hauptzweck liege im Betrieb der Spielgeräte. Dies ergebe sich bereits aus dem Verhältnis der Einnahmen aus der Abgabe von Getränken zu den Einnahmen aus dem Betrieb der Spielautomaten, die knapp 14 Mal so hoch seien. Dabei handle es sich um objektiv feststellbare Umsatzzahlen, die auch zu den von der Rechtsprechung entwickelten „äußerlich erkennbaren Kriterien“ zu zählen seien. Erst die Einnahmen aus den Spielautomaten bewirkten, dass der Betrieb wirtschaftlich existenzfähig sei. Dabei könne dahinstehen, ob der Aufstellungsort von Anfang an ungeeignet gewesen oder dieser Zustand erst in der Folgezeit eingetreten sei, denn die Widerrufsvorschriften seien auch auf von Anfang an rechtswidrige Verwaltungsakte anwendbar.

Bei Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens geht auch der Senat davon aus, dass der Widerspruch des Antragstellers voraussichtlich erfolglos bleiben wird und ein öffentliches Interesse am sofortigen Vollzug besteht.

1. Entgegen des Beschwerdevorbringens begegnet die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Schreiben vom 20.10.2017 keinen formellen Rechtmäßigkeitsbedenken. Zwar kann eine fehlende oder unzureichende Begründung gemäß § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO nicht mit heilender Wirkung nachgeholt werden, einer Behörde bleibt es jedoch unbenommen, den Sofortvollzug erneut anzuordnen (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 27.09.2011 - 1 S 2554/11 - VBIBW 2012, 151 = juris Rn. 10). Von dieser Möglichkeit hat die Antragsgegnerin Gebrauch gemacht und das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des Bescheids vom 12.10.2017 ordnungsgemäß nach § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO begründet. Sie hat im Schwerpunkt darauf abgestellt, dass von den Spielgeräten und ihrer hohen Ereignisfrequenz eine konkrete Gefahr für das Allgemeinwohl wie Spielsucht und Vermögensverfall ausgehe und deshalb der Weiterbetrieb während des laufenden Verfahrens im öffentlichen Interesse nicht zugelassen werden könne. Dies lässt sich nicht beanstanden. Das Verbot, Geldspielgeräte an anderen als den in § 1 Abs. 1 SpielV genannten Orten aufzustellen, dient dem Jugendschutz sowie der Bekämpfung der Spielsucht und damit dem auch bis zu einer abschließenden Entscheidung im Hauptsacheverfahren Rechnung zu tragenden Schutz hochrangiger Rechtsgüter. Dahinter tritt das Interesse des Antragstellers,

von den damit verbundenen Einnahmeausfällen und den nicht näher bezifferten Kosten des Abtransports und der Lagerung der Geldspielgeräte einstweilen verschont zu bleiben, zurück.

2. Die Voraussetzungen für den Widerruf der Geeignetheitsbestätigung sind nach derzeitigem Kenntnisstand bei der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nur möglichen summarischen Prüfung gegeben. Nach § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 LVwVfG darf ein rechtmäßiger begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft nur widerrufen werden, wenn die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde.

a) Die erteilte Geeignetheitsbestätigung vom 09.09.2014 ist ein solcher begünstigender Verwaltungsakt. Ob sie damals rechtmäßig erteilt worden ist, lässt sich aufgrund der dem Senat vorliegenden Akten nicht abschließend beurteilen. Dies ist indes unerheblich. Trotz der unterschiedlichen Regelungen der Rücknahme rechtswidriger (§ 48 LVwVfG) und des Widerrufs rechtmäßiger Verwaltungsakte (§ 49 LVwVfG) bestehen keine Bedenken gegen die Anwendbarkeit des § 49 LVwVfG auch auf rechtswidrige Verwaltungsakte, sofern jedenfalls die Voraussetzungen des § 49 LVwVfG gegeben sind. Denn einem rechtswidrigen Verwaltungsakt kann kein höherer Bestandsschutz zugemessen werden als einem rechtmäßigen (vgl. BVerwG, Urteil vom 19.09.2000 - 9 C 12.00 - BVerwGE 112, 80 = juris Rn. 13).

b) Die Antragsgegnerin wäre auch berechtigt, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, da die Voraussetzungen des § 33c Abs. 1 Satz 1 GewO nicht (mehr) vorliegen dürften.

Nach § 33c Abs. 1 Satz 1 GewO darf der Gewerbetreibende Spielgeräte im Sinne des Absatzes 1 nur aufstellen, wenn ihm die zuständige Behörde schriftlich bestätigt hat, dass der Aufstellungsort den auf der Grundlage des § 33f Abs. 1 Nr. 1 erlassenen Durchführungsvorschriften, mithin der Spielverordnung - SpielV entspricht. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV darf ein Spielgerät, bei dem der Gewinn in Geld besteht (Geldspielgerät) unter anderem nur aufgestellt werden in Räumen von Schank- oder Speisewirtschaften, in denen Getränke oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht werden.

Es sind aus Gründen des Spieler- 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 (vgl. BVerwG, Beschluss vom 18.03.1991 - 1 B 30.91 - GewArch. 1991, 225 = juris Rn. 5; VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 17.09.2013 - 6 S 788/13 - GewArch. 2014, 86 = juris Rn. 26; Urteil vom 19.05.2016-6 S 2130/15 - n.v., UA S. 12). Von einer Schankwirtschaft ist demnach nur dann auszugehen, wenn die Abgabe von Getränken den Hauptzweck des

Betriebs darstellt (vgl. VGH Baden-Württemberg, a.a.O., Rn. 29; vgl. insoweit auch § 1 Abs. 2 Nr. 2 SpielV in der ab dem 11.11.2014 gültigen Fassung).

Folglich bedarf es für die Beurteilung, ob ein Betrieb als Schankwirtschaft zu qualifizieren ist, jeweils der Klärung im Einzelfall, ob die Bewirtungsleistung oder das Ermöglichen des Spielens an Geldspielgeräten den Betrieb prägt. Dabei hängt die Entscheidung, was prägt und was nur eine untergeordnete Rolle spielt, von den jeweiligen konkreten Umständen ab, die sehr vielfältig sein können (vgl. OVG des Saarlandes, Beschluss vom 07.09.2017 -1 B 628/17 = juris Rn. 10).

Maßgeblich für die rechtliche Würdigung ist etwa, ob die konkret vorliegenden Indizien die Einschätzung rechtfertigen, es handele sich nach äußerlich erkennbaren Kriterien (vgl. etwa Hahn, in: Friauf, GewO, § 1 SpielV Rn. 17) um eine Schankwirtschaft, in der lediglich ergänzend, das heißt gleichsam als „Zubehör“ Geld- oder Waren-Spielgeräte 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 insoweit unter anderem Größe und Einrichtung der Lokalität sowie die Art der angebotenen Getränke in Betracht (vgl. VGH Baden-Württemberg, a.a.O., juris, Rn. 38).

Eine Prägung lässt sich indes nicht nur an rein visuell wahrnehmbaren Kriterien festmachen, zumal sich eine gastronomische Nutzung nicht schon aus dem optischen Eindruck einer Einrichtung ergibt (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 27.03.2017 - 4 B 44/17 - juris Rn. 14), sie ist auch einer wirtschaftlichen Bewertung zugänglich, die sich am Betriebskonzept orientiert. Dazu kann auch der Umsatz aus dem Getränkeverkauf und den Geldspielgeräten herangezogen werden (zumindest eine Indizwirkung anerkennend OVG Bremen, Beschluss vom 12.07.2012 - 1 B 139/12 - NVwZ-RR 2012, 718 = juris Rn. 12).

Danach liegt der Hauptzweck der Lokalität „xxx“ (bzw. „xxx xxx“) nicht in der Abgabe von Getränken. Der Umsatz aus den Geldspielgeräten betrug im Zeitraum April bis Juni 2017 ausgehend von der durch die Antragsgegnerin festgesetzten Vergnügungssteuer und unter Außerachtlassung des in diesem Zeitraum angefallenen Verspätungszuschlags insgesamt 48.123,20 EUR. Dieser Summe standen zunächst so gut wie keine Einnahmen aus Getränkeverkäufen gegenüber, da die Getränke kostenlos an Spielgerätebenutzer abgegeben wurden. Auch im Zeitraum Juli bis September 2017 beliefen sich die Einnahmen aus Getränkeverkäufen lediglich auf ca. 3.947 EUR. Damit übersteigen die Einkünfte aus den Spielautomaten diejenigen aus dem Getränkeverkauf um mehr als das 12-fache. Dass der relativ niedrige Umsatz aus dem Getränkeverkauf einem vorübergehenden, vom Betreiber nicht zu vertretenden Konsumrückgang geschuldet ist, behauptet auch der Antragsteller nicht,

der zudem die von der Antragsgegnerin sowie dem Verwaltungsgericht herangezogenen Berechnungsgrundlagen nicht beanstandet hat.

In der Umsatzentwicklung manifestiert sich überdies, dass die Besucher des „xxx“ (bzw. „xxx“) die Einnahme von Getränken nur als zusätzliches Angebot wahrnehmen dürften (vgl. Ennuschat, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, 8. Aufl. 2011, § 33c Rn. 54), zumal nach dem unwidersprochenen Vortrag der Antragsgegnerin der generierte Umsatz an den Geldspielgeräten auf eine tatsächliche monatliche Nutzung von jeweils ca. 294 Stunden (bzw. ca. 267 Stunden bei der gebotenen Außerachtlassung des Verspätungszuschlags) schließen lassen dürfte. Dass die Bewirtungsleistung nur ein Annex der im Vordergrund stehenden Nutzung von Geldspielgeräten ist - mit anderen Worten der Charakter einer Schankwirtschaft im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV zu verneinen ist - zeigt sich in der Gesamtschau im Übrigen auch daran, dass sich der streitgegenständliche Betrieb „xxx xxx“ (bzw. „xxx“), in einem Gebäude mit dem weiteren, ebenfalls von Herrn xxx als Inhaber geführten Betrieb „xxx xxx“ befindet. Hinzu kommt, dass der Vorgenannte Inhaber von zwei weiteren, in nur ca. 55 Meter Entfernung liegenden Betriebsstätten ist („xxx“ sowie „KXX“), die ebenfalls auf der Grundlage der dem Antragsteller auch hierfür erteilten Geeignetheitsbestätigungen mit jeweils drei Geldspielgeräten ausgestattet sind. Diese Betriebe verbindet überdies ein in der Getränkekarte zum Ausdruck kommendes identisches Bewirtungsangebot, das ursprünglich darauf ausgerichtet war, Besucher der Betriebe nur die Getränke in Rechnung zu stellen, die nicht im Zusammenhang mit der Benutzung der Geldspielgeräte konsumiert wurden, somit nach dem offensichtlichen Betriebskonzept ein unmittelbarer Anreiz zur Benutzung der Geldspielgeräte geschaffen werden sollte. Soweit der Antragsteller in diesem Zusammenhang der Sache nach beanstandet, das Verwaltungsgericht habe lediglich gemutmaßt, dass die Änderung der Praxis der kostenlosen Getränkeabgabe seit Juni 2017 auf die polizeiliche Kontrolle (am 02.06.2017) hin erfolgt sei, zeigt er einen Fehler in der rechtlichen Würdigung des Verwaltungsgerichts nicht auf, zumal er selbst keine Gründe für die Umstellung benannt hat. Nach alledem dürfte jedenfalls im Hinblick auf die Betriebe „xxx xxx“ § (bzw. „xxx“) und „xxx“ von einem einheitlichen Betrieb auszugehen sein, der maßgeblich durch das Bereithalten von Spielmöglichkeiten geprägt wird und somit als Spielhalle zu qualifizieren sein dürfte, ohne dass die hierfür erforderliche Erlaubnis vorliegt (vgl. OVG des Saarlandes, a.a.O., Rn. 14).

Auch der abstrakte Einwand des Antragstellers, die kostenlose Getränkeabgabe könne als anfängliche Werbemaßnahme dazu dienen, die „Schankwirtschaft“ bekannt und beliebt zu machen, geht fehl. So behauptet der Antragsteller bereits nicht, dass dies im vorliegenden Fall tatsächlich Motivation für die Preisgestaltung war. Ungeachtet dessen ist in Anbetracht der Tatsache, dass die Geldspielgeräte seit September 2014 in der - wenngleich nunmehr unter der Bezeichnung „xxx“ (bzw. „xxx“) geführten - Lokalität aufgestellt gewesen sein durften, nicht nachvollziehbar, inwiefern im Juni 2017 noch von einer „anfänglichen

Werbemaßnahme" die Rede sein kann. Des Weiteren erschließt sich vom Standpunkt des Antragstellers nicht, warum eine solche Werbemaßnahme nur auf die Nutzer der Geldspielgeräte abzielen sollte.

c) Bei den Umständen, auf die die Antragsgegnerin ihren Bescheid gestützt hat, handelt es sich auch um nachträglich eingetretene Tatsachen im Sinne des § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 LVwVfG. Denn erst durch die Umsatzentwicklung in Bezug auf die Geldspielgeräte ist die Antragsgegnerin darauf aufmerksam geworden, dass der Schwerpunkt des „xxx“ (bzw. „xxx“) auf der Ermöglichung des Spielens an Geldspielgeräten liegt. Dieser Umstand war zum Zeitpunkt der Erteilung der Geeignetheitsbescheinigung nicht absehbar. Insofern liegt der von § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 LVwVfG nicht erfasste Fall einer geänderten Beurteilung unverändert gebliebener Verhältnisse gerade nicht vor.

d) Auch die weitere Voraussetzung des § 49 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 LVwVfG, dass ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde, ist gegeben. Nach dieser Regelung genügt es nicht, dass der Widerruf im öffentlichen Interesse liegt. Erforderlich ist vielmehr, dass der Widerruf zur Abwehr einer Gefährdung des öffentlichen Interesses, das heißt zur Beseitigung oder Verhinderung eines sonst drohenden Schadens für wichtige Gemeinschaftsgüter geboten ist (vgl. BVerwG, Urteil vom 24.01.1992 - 7 C 38.90 - UPR 1992, 191 = juris Rn. 13).

Hiervon ist auch im vorliegenden Fall auszugehen. Denn bei dem hinter § 33c GewO stehenden Ziel der Eindämmung der Betätigung des Spieltriebs, dem Schutz der Allgemeinheit und der Spieler sowie des Jugendschutzes (vgl. Meßerschmidt, in: Pietow, GewO, 2. Aufl. 2016, § 33c Rn. 1), mithin der Suchtprävention und -bekämpfung, handelt es sich um ein überragend wichtiges Gemeinwohlziel (vgl. BVerfG, Beschluss vom 07.03.2017 - 1 BvR 1314/12 - NVwZ 2017, 1111 = juris Rn. 159; explizit zum Jugendschutz VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 18.01.1993 - 14 S 2178/92 - ESVGH 43, 158 = juris Rn. 22). Dies wird auch vom Antragsteller nicht in Zweifel gezogen.

e) Aus dem Vortrag des Antragstellers ergeben sich auch keine Anhaltspunkte für das Vorliegen des von ihm behaupteten Ermessensdefizits. Der Antragsteller rügt zwar, das Verwaltungsgericht sei fehlerhaft davon ausgegangen, dass in Fallgestaltungen, in denen ausschließlich wirtschaftliche Interessen des Begünstigten betroffen seien und außergewöhnliche Umstände, die eine andere Entscheidung möglich erscheinen ließen, weder geltend gemacht noch sonst ersichtlich seien, an das Widerrufsermessen der Behörde keine hohen Anforderungen zu stellen seien (vgl. auch OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 31.05.2016 - 4 B 1360/15 - juris Rn. 21). Welche weiteren Aspekte - auch in Bezug auf ein „etwaiges Vertrauen“ - im Rahmen der behördlichen Ermessensausübung hätten Berücksichtigung finden müssen, ergibt sich aus dem Vortrag des Antragstellers indes nicht. Folglich versäumt es der Antragsteller auch insoweit, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen

Entscheidung und die Notwendigkeit ihrer Aufhebung (vgl. HambOVG, Beschluss vom 12.12.2013 - 4 Bs 333/13 - DVBl. 2014, 396 = juris Rn. 9) darzulegen.

2. Bestehen damit keine Bedenken an der Rechtmäßigkeit des Widerrufs der Geeignetheitsbestätigung, sind die in Ziff. 2 des angefochtenen Bescheids vom 12.10.2017 verfügte Entfernung der aufgestellten Geldspielgeräte - wie bereits das Verwaltungsgericht ausführlich dargelegt hat - und die Androhung des Zwangsgeldes (Ziff. 3) ebenfalls nicht zu beanstanden. Insbesondere lassen die Ausführungen der Antragsgegnerin im angefochtenen Bescheid noch erkennen, dass sich die Antragsgegnerin des ihr hinsichtlich der Aufforderung zur Entfernung der Geldspielgeräte zufallenden Ermessens bewusst war. Ein möglicher Verstoß gegen § 39 Abs. 1 Sätze 1 - 3 LVwVfG wäre jedenfalls nach Maßgabe des § 45 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 LVwVfG noch heilbar.

3. Damit ist es nicht zu beanstanden, wenn das Verwaltungsgericht und die Antragsgegnerin ein besonderes Interesse am Sofortvollzug der angefochtenen Entscheidung angenommen haben.

II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 154 Abs. 2 VwGO, die Streitwertfestsetzung und die Abänderung der Streitwertfestsetzung durch das Verwaltungsgericht von Amts wegen folgen aus §§ 63 Abs. 2 Satz 1, 53 Abs. 2 Nr. 2, 52 Abs. 1 GKG in Verbindung mit Nr. 1.5 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013. Das Interesse an der Aufstellung eines Geldspielgeräts bewertet der Senat mit zwei Dritteln des Auffangstreitwerts (vgl. BVerwG, Urteil vom 22.10.1991 - 1 C 1.91 - GewArch. 1992, 62 = juris Rn. 18; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 11.10.2007 - 6 S 773/07 - NVwZ-RR 2008, 461 - juris Rn. 7). Dieser ist entsprechend der Zahl der nach der SpielV höchstens zulässigen drei Geräte zu multiplizieren und für das vorläufige Rechtsschutzverfahren wieder zu halbieren.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§ 152 Abs. 1 VwGO).