

VGH Baden-Württemberg – Beschluss vom 6.5.2020 – 6 S 3163/19

Gesetzgebungskompetenz des Bundes für zahlenmäßige Begrenzung von Spielgeräten in Gaststätten

VGH Baden-Württemberg, Beschl. v. 6.5.2020 - 6 S 3163/19
(VG Freiburg (Breisgau), Beschl. v. 6.11.2019 - 3 K 4113/19)

GG Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, Art. 125 a Abs. 1 Satz 1; VwGO § 123 Abs. 1; SpielV § 3 Abs. 1 Satz 1

1. Für die Begrenzung der Anzahl der Spielgeräte in Gaststätten nach § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV in der Fassung vom 4.11.2014 (BGBl. I S. 1678 ff.) hat der Bund mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Gesetzgebungskompetenz.

2. Liegen zwischen der Verkündung einer Rechtsverordnung und dem Inkrafttreten einzelner Vorschriften mehrere Jahre, so ist bei der Prüfung der Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes zu berücksichtigen, weshalb der Antragsteller gleichwohl den Rechtsweg in der Hauptsache nicht beschritten hat, kurz vor Inkrafttreten der Neuregelung aber die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes - sodann unter Geltendmachung einer Dringlichkeit - beantragt hat.

(Amtl. Ls.)

Aus den Gründen:

I.

Die zulässige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts ist unbegründet. Die vom Antragsteller in der Beschwerdebegründung fristgemäß (§ 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 keinen Anlass, zugunsten des Antragstellers vorläufig festzustellen, dass dieser - wie von ihm beantragt - auch über den 10.11.2019 hinaus, jedenfalls bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, in der Gaststätte „[...]“ in [...], drei Geldspielgeräte aufstellen darf.

Das Verwaltungsgericht hat den Antrag abgelehnt und ausgeführt, der Antrag sei zwar zulässig, jedoch nicht begründet. Der Antragsteller habe weder einen Anordnungsanspruch

noch einen Anordnungsgrund glaubhaft gemacht. Die Erfolgsaussichten in der Hauptsache seien allenfalls offen. § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV in der ab dem 10.11.2019 geltenden Fassung beschränke die Zahl der zulässigen Geld- und Warenspielgeräte auf zwei. Es sei nicht überwiegend wahrscheinlich, dass der Bund keine Kompetenz zur Begrenzung der Anzahl der Geldspielgeräte in Gaststätten habe. Vielmehr sei die aufgeworfene Rechtsfrage der Reichweite des Kompetenztitels des „Rechts der Gaststätten“ allenfalls offen. Das „Recht der Spielhallen“ sei im Gegensatz zum „Recht der Gaststätten“ bereits im unmittelbaren Regelungsgegenstand auf die Regulierung von Glücksspiel ausgerichtet. Eine Spielhalle ohne aufgestellte Geldspielgeräte sei kaum denkbar, während die Aufstellung eines Geldspielgeräts in einer Gaststätte eine eigene, vom eigentlich betriebenen Gewerbe getrennte gewerbliche Handlung darstelle, so dass eine Einordnung in das sonstige „Gewerberecht“ naheliege. Darüber hinaus spreche Einiges dafür, dass der Bund jedenfalls nach Art. 125 a Abs. 1 Satz 1 GG eine Kompetenz zur Änderung der Spielverordnung habe, da eine Ersetzung durch Landesrecht noch nicht erfolgt sei und mit der angeordneten Fortgeltung des Bundesrechts eine fortbestehende eingeschränkte Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Fortschreibung und Änderung des Bundesrechts einhergehe. Da eine überwiegende Erfolgsaussicht nicht feststellbar sei, könne eine Regelungsanordnung nur ergehen, wenn dem Betroffenen andernfalls schwere und irreversible Nachteile, insbesondere existentielle Gefahren für Leben und Gesundheit drohten. Dies sei hier nicht der Fall. Eine Bedrohung der wirtschaftlichen Existenz sei nicht vorgetragen und fernliegend. Der Antragsteller müsse lediglich eines von drei Geldspielgeräten abbauen, während er mit den anderen zwei Geldspielgeräten weiterhin Umsätze generieren könne. Zudem habe er sich auf die Neuregelung lange im Vorfeld einstellen können. Er habe fünf Jahre Zeit gehabt, die von ihm aufgeworfene Rechtsfrage durch eine vorbeugende Feststellungsklage klären zu lassen. Das Abwarten einer Entscheidung in der Hauptsache erscheine daher und nicht zuletzt auch angesichts des hohen öffentlichen Interesses an einer Änderung der Spielverordnung, die der Eindämmung der Betätigung des Spieltriebs, dem Schutz der Allgemeinheit und der Spieler diene sowie im Interesse des Jugendschutzes stehe, nicht unzumutbar.

Hiergegen wendet sich die Beschwerde des Antragstellers ohne Erfolg. Das Verwaltungsgericht hat zutreffend erkannt, dass die Voraussetzungen für den Erlass einer - der Sache nach begehrten - Regelungsanordnung (§ 123 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 ZPO) nicht vorliegen.

Nach § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO sind einstweilige Anordnungen zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, nötig erscheint, um wesentliche Nachteile abzuwenden. Grundsätzlich ausgeschlossen ist eine Regelung, die - wie hier - rechtlich oder faktisch auf eine Vorwegnahme der Hauptsache hinausläuft. Ausnahmen sind allerdings im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG geboten, wenn existenzielle Belange eines

Antragstellers betroffen sind oder die Entscheidung in der Hauptsache mit hoher Wahrscheinlichkeit zu spät kommen würde (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 17.12.2018 - 6 S 2448/18 -, juris Rn. 7; Beschluss vom 13.11.2019 - 6 S 2222/19 -, n.v.). Der Antragsteller hat nach § 123 Abs. 3 VwGO in Verbindung mit § 920 Abs. 2 ZPO das Vorliegen sowohl eines Anordnungsgrundes, namentlich die besondere Dringlichkeit der Angelegenheit, als auch eines Anordnungsanspruchs, also die Berechtigung seines Begehrens in der Sache, glaubhaft zu machen.

Gemessen hieran dürfte das Verwaltungsgericht zu Recht das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs verneint haben (1.). Jedenfalls aber fehlt es auch unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens weiterhin an der Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes (2.).

1. Der Antragsteller hat voraussichtlich keinen Anspruch auf die begehrte Feststellung, dass er auch über den 10.11.2019 hinaus - jedenfalls bis zu einer rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache - in der genannten Gaststätte drei Geldspielgeräte aufstellen darf.

Durch Art. 5 Nr. 1a der Sechsten Verordnung zur Änderung der Spielverordnung vom 4.11.2014 (BGBl. I S. 1678 ff.) wurde § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV mit Wirkung zum 10.11.2019 dahingehend geändert, dass unter anderem in Schank- und Speisewirtschaften höchstens zwei - statt bisher drei - Geld- oder Warenspielgeräte aufgestellt werden dürfen. Wie das Verwaltungsgericht geht auch der Senat davon aus, dass der Bund mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die Kompetenz zur Begrenzung der Anzahl der Geldspielgeräte in Gaststätten hat und die Neuregelung des § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV daher formell verfassungsgemäß sein dürfte. Vieles spricht dafür, dass diese Materie in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG für das Recht der Wirtschaft fällt. Namentlich dürfte eine Einordnung in das „Gewerberecht“ naheliegen und nicht, wie der Antragsteller meint, in das „Recht der Gaststätten“, das von dem Kompetenztitel ausdrücklich ausgenommen ist und seit der Föderalismusreform aus dem Jahr 2006 in die Kompetenz der Länder fällt. Selbst bei Einordnung der Materie in die Landeskompetenz für das „Recht der Gaststätten“ dürfte dem Bund jedenfalls nach Art. 125 a Abs. 1 Satz 1 GG die Kompetenz zur Änderung der Spielverordnung zustehen, solange die bundesrechtliche Regelung nicht durch Landesrecht ersetzt worden ist. Insoweit verweist der Senat auf die überzeugenden Ausführungen des Verwaltungsgerichts in dem angegriffenen Beschluss (§ 122 Abs. 2 Satz 3 VwGO).

2. Letztlich bedarf das Vorliegen eines Anordnungsanspruchs hier jedoch keiner abschließenden Entscheidung. Denn der Erlass einer einstweiligen Anordnung kommt bereits mangels Anordnungsgrundes nicht in Betracht.

a) Der Antragsteller hat eine Betroffenheit in existenziellen Belangen und damit unzumutbare Nachteile beim Ausbleiben der begehrten vorläufigen Regelung nicht glaubhaft gemacht (vgl. VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 21.4.2004 - 6 S 17/04 -, juris Rn. 15). Obwohl das Verwaltungsgericht ausgeführt hat, dass der Antragsteller eine Bedrohung seiner wirtschaftlichen Existenz nicht vorgetragen habe und eine solche auch fernliegend sei, da der Antragsteller bei Anwendung des § 3 SpielV in der ab dem 10.11.2019 geltenden Fassung bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache lediglich eines von drei Spielgeräten abbauen müsse, während er mit den anderen zwei Spielgeräten weiterhin Umsätze generieren könne und er sich auf die Neuregelung lange im Vorfeld habe einstellen können, hat der Antragsteller dies nicht zum Anlass genommen, mit substantiierten Ausführungen und durch Vorlage aussagekräftiger Belege eine Betroffenheit in existenziellen Belangen glaubhaft zu machen. Vielmehr erschöpft sich der Vortrag des Antragstellers auch im Beschwerdeverfahren im Wesentlichen darin, es entstünden „erhebliche wirtschaftliche Schäden“ durch „Umsatzeinbußen von etwa einem Drittel“, die im Falle eines Erfolgs in der Hauptsache nicht wieder kompensiert werden könnten. Die konkreten Auswirkungen auf den Antragsteller und die wirtschaftliche Existenz der von ihm betriebenen Firma werden dadurch nicht hinreichend aufgezeigt. Die individuelle Unzumutbarkeit der vorübergehenden Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache hat der Antragsteller damit nicht glaubhaft gemacht, zumal aus § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV in seiner neuen Fassung lediglich die Verpflichtung resultiert, eines von drei Geldspielgeräten, nicht aber alle Geräte außer Betrieb zu nehmen. An der Glaubhaftmachung eines Anordnungsgrundes fehlt es demnach.

Nichts anderes ergibt sich, wollte man eine Vorwegnahme der Hauptsache durch die vom Antragsteller begehrte Regelungsanordnung verneinen und damit geringere Anforderungen an das Vorliegen eines Anordnungsgrundes stellen. Denn den Antragsteller trifft auch dann die Obliegenheit der Glaubhaftmachung des Anordnungsgrundes, insbesondere im Hinblick auf zu erwartende „wesentliche Nachteile“. Hinreichende Anhaltspunkte hierfür ergeben sich für den Fall des Antragstellers aufgrund des inhaltlich im Wesentlichen austauschbaren (und tatsächlich in einer Vielzahl dem beschließenden Senat vorliegenden Verfahren herangezogenen) sowie jede fallbezogene Konkretisierung vermeidenden Vortrags nicht.

b) Wie vom Verwaltungsgericht zutreffend erkannt, kann sich der Antragsteller auf die von ihm behauptete Dringlichkeit des Weiteren auch wegen seines vorangegangenen Verhaltens nicht berufen. Er hat die von ihm behaupteten, nicht näher quantifizierten Nachteile selbst mit herbeigeführt.

Das Verwaltungsgericht hat diesbezüglich sinngemäß ausgeführt, in einer - nicht nachvollziehbaren - späten Antragstellung könne zum Ausdruck kommen, dass dem Antragsteller die Sache eigentlich nicht dringlich sei bzw. ihm ein Abwarten des

Hauptsacheverfahrens eher zuzumuten und deshalb schon ein Anordnungsgrund zu verneinen sei. Vorliegend sei kein Grund ersichtlich, weshalb der Antragsteller erst unmittelbar vor Inkrafttreten der von ihm angegriffenen Änderung des § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt habe, obwohl die anstehende Änderung bereits im Jahr 2014 bekannt gemacht worden sei. Er habe daher fünf Jahre Zeit gehabt, die von ihm aufgeworfene Rechtsfrage durch eine vorbeugende Feststellungsklage von den Gerichten klären zu lassen. Das Abwarten einer Entscheidung in der Hauptsache erscheine daher und angesichts des hohen öffentlichen Interesses an der Änderung der Spielverordnung nicht unzumutbar.

Die hiergegen vom Antragsteller vorgebrachten Einwendungen sind nicht geeignet, die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung und die Notwendigkeit ihrer Aufhebung darzutun (vgl. hierzu VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 13.11.2019 - 6 S 2222/19 -, n.v.; Beschluss vom 22.3.2018 - 6 S 132/18 -, n.v.; HambOVG, Beschluss vom 12.12.2013 - 4 Bs 333/13 -, juris Rn. 9) bzw. einen Anordnungsgrund glaubhaft zu machen.

Der Antragsteller bedient sich zunächst der Vermutung, das Verwaltungsgericht habe dazu geneigt anzunehmen, er habe aufgrund des Artikels seines Bevollmächtigten in der Zeitschrift für Wett- und Glücksspielrecht [...] spätestens ab Mitte 2017 Kenntnis von einer möglichen Angreifbarkeit der Sechsten Verordnung zur Änderung der Spielverordnung gehabt. Diese Annahme geht jedoch fehl. Das Verwaltungsgericht hat die entsprechende Veröffentlichung offensichtlich nicht als maßgeblich erachtet. Sie findet im angegriffenen Beschluss keine Erwähnung.

Ebenso wenig greift der Einwand des Antragstellers durch, „die Automatenaufsteller“ hätten sich „regelmäßig“ im Hinblick auf die Angreifbarkeit der Norm kurz nach deren Erlass bei spezialisierten Rechtsanwälten erkundigt, zum damaligen Zeitpunkt sei von anwaltlicher Seite ein Vorgehen jedoch „regelmäßig“ als chancenlos eingestuft worden. Denn der allgemein gehaltene Vortrag lässt die individuelle Interessenlage des Antragstellers, von der ausgehend die Dringlichkeit zu beurteilen ist (vgl. Dombert, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 7. Aufl. 2017, Rn. 132; Puttler, in: Sodan/Ziekow, VwGO, 5. Aufl. 2018, § 123 Rn. 84), nicht erkennen.

Nichts anderes gilt, soweit der Antragsteller ebenfalls losgelöst vom vorliegenden Fall geltend macht, erst „nachdem einzelne Geräteaufsteller [...] durch die Kanzlei auf eine - möglicherweise sehr geringe - Chance, das dritte Geldspielgerät doch behalten zu können, aufmerksam gemacht wurden“, habe sich „in der Branche diese Möglichkeit“ (der Inanspruchnahme von Rechtsschutz) herumgesprochen. Erst ab Mai/Juni 2019 habe die „prozessbevollmächtigte Kanzlei“ gezielt Gaststätten angeschrieben „mit der Frage, ob sie nicht Rechtsschutz gegen die sechste Änderungsverordnung zur SpielV begehren möchten,

nachdem klar wurde, dass hier einige Aufsteller ein rechtliches Vorgehen wünschen. “ Diese abstrakten Schilderungen bieten keine hinreichende Grundlage für die konkrete und individuelle Schlussfolgerung, erst ab Mai/Juni 2019 habe von einer „Rechtsschutzkenntnis des Antragstellers“ ausgegangen werden können.

Dessen ungeachtet ist dieser Einwand des Antragstellers auch in der Sache nicht geeignet, die Unzumutbarkeit des Abwartens der Entscheidung in der Hauptsache darzutun. Der Rechtsweg gegen die für den Antragsteller als nachteilig empfundene Neuregelung des § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV stand bereits seit deren Verkündung im November 2014 (BGBl. I vom 10.11.2014, S. 1678 ff.) offen und hätte in der Hauptsache ohne Weiteres beschränkt werden können. Hieran vermag auch nichts zu ändern, dass der Antragsteller zunächst von geringen Erfolgsaussichten eines Rechtsbehelfs ausgegangen sein mag. Selbst unter Berücksichtigung seines Vortrags, erst durch die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Urteil vom 16.12.2016 - 8 C 6.15 -, BVerwGE 157, 126) und des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss vom 7.3.2017 - 1 BvR 1314/12 u.a. -, BVerfGE 145, 20) zu den landesrechtlichen Einschränkungen für Spielhallen sei erkennbar geworden, dass dem Bund für die Neuregelung des § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV möglicherweise die Gesetzgebungskompetenz fehle, erschließt sich nicht, weshalb in dem seitdem verstrichenen mehrjährigen Zeitraum nicht bereits in der Hauptsache Rechtsschutz gesucht, sondern erst kurz vor Inkrafttreten der Neuregelung - sodann unter Geltendmachung einer Dringlichkeit - die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes beantragt wurde. Dass der Prozessbevollmächtigte des Antragstellers erst im Mai/Juni 2019 gezielt auf Gaststätteninhaber mit der Frage zugegangen sein mag, ob sie nicht Rechtsschutz gegen die Neuregelung des § 3 Abs. 1 Satz 1 SpielV begehren möchten, vermag nichts daran zu ändern, dass sich der Antragsteller dieses lange Zuwarten vorhalten lassen muss und dies in die Erwägungen einzustellen ist, ob ein Ausbleiben der begehrten vorläufigen Regelung unzumutbare Nachteile für den Antragsteller mit sich bringt (vgl. dazu VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 29.1.2012 - 5 S 196/12 -, juris Rn. 6; Funke-Kaiser, in: Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/v.Albedyll, VwGO, 7. Aufl. 2018, § 123 Rn. 29; zur selbst verschuldeten Eilbedürftigkeit vgl. zudem Nieders. OVG, Beschluss vom 22.9.2008 - 13 ME 90/08 -, juris Rn. 11; BayVGH, Beschluss vom 30.12.1999 - 21 AE 99.3673 -, juris Rn. 19; Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 37. EL Juli 2019, § 123 Rn. 87 a). Letzteres ist hier nicht der Fall.

Mit seinem Vortrag, dass er erst kürzlich von einer Rechtsschutzmöglichkeit erfahren habe, setzt sich der Antragsteller überdies zu seinem erstinstanzlichen Vortrag in Widerspruch, er würde nicht nur erhebliche Umsatzeinbußen erleiden, sondern zudem die abzubauenen Geräte lagern und für diese weiter Leasingraten zahlen müssen. Soweit der Antragsteller, wie im Beschwerdeverfahren vorgetragen, bis kurz vor Antragstellung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nicht davon ausgegangen sein will, mit Erfolgchancen gegen die Neuregelung vorgehen zu können, wäre zu erwarten gewesen, dass er sich auf die seit fünf

Jahren bekannte Rechtsänderung einstellt, den Abbau der Geräte vorbereitet und insbesondere bestehende Leasingverträge kündigt bzw. die - nach seinem Vortrag - in der Regel auf drei Jahre geschlossenen Verträge nicht über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Neuregelung hinaus verlängert. Eine Unzumutbarkeit der Einhaltung der nun in Kraft getretenen Regelung ist nach alledem nicht ersichtlich.

II.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 154 Abs. 2 VwGO.

III.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf §§ 63 Abs. 2 Satz 1, 47 Abs. 1 Satz 1, 53 Abs. 2 Nr. 1, 52 Abs. 1 GKG in Verbindung mit Nr. 1.5 Satz 2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit 2013 und folgt der Festsetzung durch das Verwaltungsgericht. 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 -, juris Rn. 18; VGH Baden-Württemberg, Beschluss vom 11.10.2007 - 6 S 773/07 -, juris Rn. 7; Beschluss vom 19.2.2018 - 6 S 2610/17 -, juris Rn. 22). Eine Reduzierung des Streitwerts für das Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes kommt wegen der vom Antragsteller anvisierten Vorwegnahme der Hauptsache nicht in Betracht.

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

[...]