

Beschluss Az. 8 B 2437/13*

Hessischer VGH

10. Februar 2014

Tenor

- 1 Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Verwaltungsgerichts Gießen vom 29. November 2013 – 8 L1931/13.GI – wird zurückgewiesen.
- 2 Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.
- 3 Der Streitwert wird unter Abänderung der Streitwertfestsetzung in dem angefochtenen Beschluss für beide Rechtszüge auf jeweils 5.000,00 festgesetzt.

Gründe

- 4 I.
- 5 Die Beteiligten streiten darüber, ob in einer Spielhalle Speisen und Getränken unentgeltlich abgegeben werden dürfen.
- 6 Die Antragstellerin betreibt im Stadtgebiet der Antragsgegnerin eine Spielhalle. Mit Schreiben vom 13. Juli 2012 unterrichtete die Antragsgegnerin die Antragstellerin über die Neuregelungen des Hessischen Spielhallenrechts und bat sie mit Schreiben vom 30. April 2012, für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen in ihrer Spielhalle Sorge zu tragen. Gleichzeitig wies die Antragsgegnerin darauf hin, dass sie die Umsetzung der Neuregelungen überwachen und gegebenenfalls ein Ordnungswidrigkeitenverfahren einleiten werde. In diesem Schreiben vertrat sie u.a. die Auffassung, nach §8 Abs. 3 des Hessischen Spielhallengesetzes (HSpielhG) sei die unentgeltliche Abgabe von Speisen und Getränken verboten.
- 7 Mit anwaltlichem Schreiben vom 7. Mai 2013 erhob die Antragstellerin Einwände gegen diese Rechtsauffassung und machte geltend, für den Fall, dass die

*<http://openjur.de/u/680912.html> (= openJur 2014, 5540)

Antragsgegnerin bei ihrer unzutreffenden Auffassung bleiben sollte, sei der Erlass einer entsprechenden Anordnung nach §10 HSpiehlG bzw. eine Auflage zur Spielhallenerlaubnis angezeigt, um der Antragstellerin eine Überprüfung vor den Verwaltungsgerichten zu ermöglichen; ein Verweis auf den Rechtsweg vor den Amtsgerichten im Rahmen eines Bußgeldverfahrens sei verfassungsrechtlich bedenklich. Nachdem die Antragsgegnerin auf telefonische Nachfrage an ihrer Auffassung festgehalten und bekräftigt hatte, sie werde ab dem 10. Mai 2013 Kontrollen durchführen und Bußgeldverfahren einleiten, hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 8. Mai 2013 beim Verwaltungsgericht Gießen eine entsprechende Feststellungsklage erhoben und zudem mit Datum vom 13. September 2013 Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt mit dem Ziel, der Antragsgegnerin aufzugeben, die unentgeltliche Abgabe von Speisen und Getränken in der Spielhalle der Antragstellerin im Stadtgebiet der Antragsgegnerin vorläufig bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu dulden. Sie hat geltend gemacht, es sei ihr nicht zuzumuten, den Ausgang des Hauptsacheverfahrens abzuwarten. Sie habe zur Vermeidung von Bußgeldverfahren die unentgeltliche Abgabe von Speisen und Getränken einstweilen eingestellt, aber dadurch erhebliche Nachteile hinzunehmen. Ein nicht unerheblicher Teil der Spielhallenbesucher habe sich daraufhin den im Stadtgebiet angesiedelten Großspielhallen zugewandt, die entsprechende organisatorische Maßnahmen hätten ergreifen können. Im Übrigen sei die Rechtsansicht der Antragsgegnerin unzutreffend. §8 Abs. 3 HSpiehlG erfasse eben so wenig wie die gleichlautende Vorschrift des §9 Abs. 2 SpieIV die unentgeltliche Abgabe von Speisen und Getränken. Darüberhinaus betreibe sie – die Antragstellerin – auch keine Gaststätte, so dass das Nichtraucherschutzgesetz ebenfalls keine Anwendung finde. Im Übrigen sei der Landesgesetzgeber auch nach der im Rahmen der Föderalismusreform erfolgten Rückübertragung der Gesetzgebungsbefugnisse für das Recht der Spielhallen zum Erlass dieser Regelung nicht zuständig gewesen, weil der Bund mit §9 Abs. 2 SpieIV eine entsprechende Regelung erlassen habe.

- 8 Die Antragsgegnerin hat sich für ihre Auffassung auf die Vollzugshinweise zum Hessischen Spielhallengesetz berufen.
- 9 Mit Beschluss vom 29. November 2013 hat das Verwaltungsgericht Gießen den Eilantrag der Antragstellerin abgelehnt und im Wesentlichen ausgeführt, ihr Verhalten verstoße gegen §8 Abs. 3 HSpiehlG. Denn nach dieser Vorschrift habe der Erlaubnisinhaber sicherzustellen, dass dem Spieler in der Spielhalle neben der Gewinnausgabe keine sonstigen finanziellen Vergünstigungen gewährt werden. Dazu sei auch die unentgeltliche Abgabe von Speisen und Getränken zu zählen, da hierfür üblicherweise ein Entgelt zu entrichten sei. Die unentgeltliche Abgabe von Speisen und Getränken widerspreche im Übrigen dem Sinn und Zweck des Spielhallenrechts, der Spielsucht entgegenzuwirken. Wegen der Einzelheiten wird Bezug genommen auf den angefochtenen Beschluss (Bl. 82 ff. d. GA.).
- 10 Dieser Beschluss ist der Bevollmächtigten der Antragstellerin am 2. Dezember

2013 zugestellt worden. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 10. Dezember 2013 – eingegangen beim Verwaltungsgericht am 11. Dezember 2013 – hat sie dagegen Beschwerde eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 27. Dezember 2013 – eingegangen beim Hessischen Verwaltungsgerichtshof am 30. Dezember 2013 – begründet. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, die Auffassung des Verwaltungsgerichts verkenne die Rechtslage. Die unentgeltliche Abgabe von Speisen und Getränken stelle keinen „finanziellen Vorteil“ i.S.d. HSpiehlG dar. §8 Abs. 3 HSpiehlG beziehe sich – ebenso wie §9 Abs. 2 SpielV – nur auf spielbezogene Vergünstigungen, denn verboten werden sollten ausschließlich Vergünstigungen, die einen weiteren Spielanreiz schaffen. Das sei jedoch bei der Abgabe von Speisen und Getränken nicht der Fall. Im Übrigen habe der Bund von der ihm verbliebenen Gesetzgebungskompetenz durch §9 Abs. 2 SpielV Gebrauch gemacht, so dass dem Land Hessen die Gesetzgebungskompetenz für §8 Abs. 3 HSpiehlG fehle. Die Anwendung des Hessischen Nichtraucherschutzgesetzes komme ebenfalls nicht in Betracht, da die Antragstellerin kein Gewerbe betreibe. Selbst wenn sie gezwungen werden würde, Speisen und Getränke entgeltlich abzugeben, würde sie diese lediglich zum Selbstkostenpreis abgeben. Mangels Gewinnerzielungsabsicht sei darin jedoch kein Gewerbe zu sehen.

- 11 Die Antragstellerin beantragt,
- 12 unter Aufhebung des Beschlusses des Verwaltungsgerichts Gießen vom 29. November 2013 – 8 L 1931/13.GI – der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Anordnung aufzugeben, die unentgeltliche Abgabe von Speisen und Getränken in der Spielhalle der Antragstellerin im Stadtgebiet der Antragsgegnerin vorläufig bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens zu dulden.
- 13 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 14 die Beschwerde zurückzuweisen.
- 15 Sie hält die Entscheidung des Verwaltungsgerichts für zutreffend.
- 16 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird Bezug genommen auf die Gerichtsakte sowie auf die Akte 8 K 983/13.GI und die Behördenakte (ein Hefter).
- 17 II.
- 18 Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden (§§146 Abs. 4, 147 Abs. 1 VwGO); sie bleibt jedoch ohne Erfolg.
- 19 Der Beschluss des Verwaltungsgerichts, den Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Anordnung abzulehnen, stellt sich, gemessen an dem nach §146 Abs. 4 Satz 6 VwGO zu berücksichtigenden Beschwerdevorbringen

der Antragstellerin, als zutreffend dar. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zwar zulässig, jedoch nicht begründet.

- 20 1. Das Verwaltungsgericht ist zutreffend von der Zulässigkeit des Antrags ausgegangen. §123 Abs. 1 VwGO gewährt zwar im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Prinzip der Gewaltenteilung grundsätzlich keinen vorläufigen vorbeugenden Rechtsschutz mit dem Ziel, die Entscheidungsfreiheit der Verwaltung im Rahmen ihrer gesetzlichen Zuständigkeiten und Aufgabenerfüllung durch richterliche Anordnungen einzuengen, indem ihr durch Gerichtsbeschluss der Erlass eines in die Rechte des Bürgers eingreifenden Verwaltungsakts verboten werden soll. Im vorliegenden Fall kann die Antragstellerin jedoch nicht in zumutbarer Weise auf den von der Verwaltungsgerichtsordnung im Regelfall als angemessen und ausreichend angesehenen nachträglichen vorläufigen Rechtsschutz verwiesen werden. Denn die Antragsgegnerin hat nach dem unwidersprochenen Vorbringen der Antragstellerin den Erlass einer Untersagungsverfügung bzw. einer die Spielhallenerlaubnis ergänzenden Auflage abgelehnt und stattdessen die Durchführung von Kontrollen angekündigt sowie – für den Fall der Nichteinhaltung des Verbots der unentgeltlichen Abgabe von Speisen und Getränken – mit der Einleitung entsprechender Bußgeldverfahren gedroht. Unter diesen Umständen ist es der Antragstellerin nicht zuzumuten, ihr Recht unter dem „Damoklesschwert“ der Ahndung einer Ordnungswidrigkeit erst durch Rechtsbehelf gegen einen von ihr in Abrede gestellte Verpflichtung umsetzenden Verwaltungsakt zu suchen. Sie hat ein schutzwürdiges Interesse daran, dass sie die Klärung der Meinungsverschiedenheit mit der Antragsgegnerin in einem verwaltungsgerichtlichen Streitverfahren und nicht auf der Anklagebank erlebt (vgl. dazu Bayerischer VGH, Urteil vom 30. August 200 – 22 B 00.1833 –, juris Rdnrn. 32 f.).
- 21 2. Ebenso zutreffend hat das Verwaltungsgericht bei der im Eilverfahren erforderlichen, aber auch ausreichenden summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage den Erlass einer einstweiligen Anordnung abgelehnt, denn die Antragstellerin hat keinen Anordnungsanspruch glaubhaft gemacht.
- 22 a) Nach §8 Abs. 3 HSpielhG hat der Erlaubnisinhaber einer Spielhalle sicherzustellen, dass den Spielern neben der Gewinnausgabe aus zugelassenen Spielgeräten oder anderen Spielen keine sonstigen Gewinnchancen in Aussicht gestellt und keine Zahlungen oder sonstigen finanziellen Vergünstigungen gewährt werden. Die den Inhabern von Spielhallenerlaubnissen mit den in §8 HSpielhG getroffenen Regelungen auferlegten Pflichten dienen nach dem Willen des Gesetzgebers der Umsetzung der in §1 Abs. 3 HSpielhG genannten Ziele, nämlich die Spieler vor den Gefahren der Spielsucht zu schützen (Hess. Landtag Drs. 18/5186 S. 15). Bereits dem Wortlaut der Regelung lassen sich keinerlei Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass damit allein spielbezogene Vergünstigungen gemeint sein sollten. Der Gesetzgeber hat vielmehr durch das Nebeneinander von „Gewinnausgabe und Chancen“ einerseits und „Zahlungen und sonstigen Vergünstigungen“ andererseits einen weiten Rahmen gespannt und damit zum Ausdruck gebracht, dass diese Alternativen gleichrangig nebeneinanderstehen sollen. Ausgehend von

dem Zweck, dadurch gesteigerten Spielanreizen im Hinblick auf das damit verbundene Suchtpotential entgegenzuwirken, ist diese Regelung deshalb als Verbot auch nicht spielbezogener Vorteile anzusehen (vgl. zur vergleichbaren Regelung in §9 Abs. 2 SpielV: BVerwG, Urteil vom 31. März 2010 – 8 C 12/09 –, juris Rdnrn.27 ff.). Das Verwaltungsgericht hat demnach zu Recht angenommen, dass dazu auch die unentgeltliche Abgabe von Speisen und Getränken zu rechnen ist, denn auch diese Handlung fördert das Wohlbefinden der Spieler und ist geeignet, sie zum Bleiben zu veranlassen, weil für ihr leibliches Wohl gesorgt ist, so dass sie sich ausgiebig ihrer Spielleidenschaft widmen können.

- 23 b) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hat der Hessische Gesetzgeber mit dieser Regelung nicht die ihm nach dem Grundgesetz zugebilligte Gesetzgebungskompetenz überschritten, sondern kann sich für diese Regelung vielmehr auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11, 70 Abs. 1 GG berufen. Nach der Neuordnung der Gesetzgebungszuständigkeiten im Rahmen der Föderalismusreform ist das „Recht der Spielhallen“ ausdrücklich aus dem zum Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung gehörenden „Recht der Wirtschaft“ herausgenommen und den Ländern übertragen worden. Insoweit ist zwar die Reichweite dieser neuen Landeszuständigkeit im Einzelnen umstritten, unstreitig sollte damit jedoch – anknüpfend an §33i GewO – jedenfalls die Regelung des Spielhallenbetriebs einschließlich der dazu erforderlichen Erlaubnis in die Zuständigkeit der Länder überführt werden (vgl. dazu Bayerischer VGH, Urteil vom 23. Juli 2013 – 10 N 13.248 – juris Rdnr. 32 f.; Schneider, *Ultra Vires? Kompetenzprobleme im neuen Spielhallenrecht der Länder*, GewArch 2013, 137; Weidemann, *Das Recht der Automatenaufsteller nach der Föderalismusreform NVwZ 2013, 673 f.*). Nur die ist jedoch Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.
- 24 Die Kostenentscheidung folgt aus §154 Abs. 2 VwGO.
- 25 Die Festsetzung des Streitwerts für das Beschwerdeverfahren und die Änderung für das erstinstanzliche Verfahren beruht auf §§63 Abs. 3 Satz 1, 47 Abs. 1, §53 Abs. 2 Nr. 1 und §52 Abs. 1 und 2 GKG, wobei der Senat eine Minderung des Streitwerts im Hinblick auf die Vorläufigkeit der im Eilverfahren begehrten Entscheidung nicht für angebracht hält, weil die Antragstellerin mit dem Eilverfahren eine Vorwegnahme der Hauptsache begehrt hat (vgl. Nr. 1.5 Satz 2 des Streitwertkatalogs für die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 7./8. Juli 2004, Kopp/Schenke, *Kommentar zur VwGO*, 18. Aufl. 2012, Anh. §164 Rdnrn. 14 ff.).
- 26 Dieser Beschluss ist unanfechtbar (§152 Abs. 1 VwGO, §68 Abs. 1 Satz 5 i.V.m. §66 Abs. 3 Satz 3 GKG).